BnF Gallica

De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits (2e édition revue...) / par Louis [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF Gallica

Josserand, Louis (1868-1941 ; juriste). Auteur du texte. De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits (2e édition revue...) / par Louis Josserand,.... 1939.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
- La réutilisation non commerciale de ces contenus ou dans le cadre d'une publication académique ou scientifique est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source des contenus telle que précisée ci-après : « Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France » ou « Source gallica.bnf.fr / BnF ».
- La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service ou toute autre réutilisation des contenus générant directement des revenus : publication vendue (à l'exception des ouvrages académiques ou scientifiques), une exposition, une production audiovisuelle, un service ou un produit payant, un support à vocation promotionnelle etc.

CLIQUER ICI POUR ACCÉDER AUX TARIFS ET À LA LICENCE

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

- des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
- des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter **utilisation.commerciale@bnf.fr**.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

ESSAIS DE TÉLÉOLOGIE JURIDIQUE

I

4486

DE

L'ESPRIT DES DROITS

ET DE LEUR RELATIVITÉ

Théorie dite de *l'Abus des Droits*

PAR

LOUIS JOSSERAND

Doyen honoraire de la Faculté de droit de Lyon
Conseiller honoraire à la Cour de cassation

DEUXIÈME ÉDITION

Revue et mise au courant de la législation, de la jurisprudence, de la doctrine et du droit comparé

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11

1939

DE L'ESPRIT DES DROITS

ET DE LEUR RELATIVITÉ

8 F
39428
(1)
D. L.
12126 - 8-12-38
A
B

ESSAIS DE TÉLÉOLOGIE JURIDIQUE

I

DE

L'ESPRIT DES DROITS

ET DE LEUR RELATIVITÉ

Théorie dite de *l'Abus des Droits*

PAR

Louis JOSSERAND

Doyen honoraire de la Faculté de droit de Lyon
Conseiller honoraire à la Cour de cassation

DEUXIÈME ÉDITION

Revue et mise au courant de la législation, de la jurisprudence, de la doctrine et du droit comparé

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, Rue Soufflot, 11

1939

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

DU MÊME AUTEUR

Les successions entre époux, thèse, Lyon, 1892.

De la responsabilité du fait des choses inanimées, Paris, A. Rousseau, 1897 (épuisé).

De l'abus des droits, Paris, A. Rousseau, 1905 (épuisé).

Traité élémentaire des voies d'exécution (ancien précis de *Garsonnet*), 7e éd. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1925.

Les transports, en service intérieur et en service international, à l'exclusion des transports maritimes, 2e éd. Paris, A. Rousseau, 1926.

Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobile, Librairie Dalloz, 1926.

Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Paris, Librairie Dalloz, 1928.

Cours de droit civil positif français, t. I et II, 3e éd., 1938-1939 ; t. III, 2e éd. 1933, Paris, Librairie du Recueil Sirey.

Evolutions et actualités, Conférences de droit civil, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936.

Ouvrages cités par les seuls noms des auteurs.

Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5e éd.

Colin, Capitant et de la Morandière, *Cours élémentaire de droit civil français*, 3 vol., 8e éd.

Demogue, *Traité des obligations en général*, 7 vol. parus.

Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I et II, 3e éd. ; t. III, 2e éd.

H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, 3 vol., 2e éd.

Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol.

DE L'ESPRIT DES DROITS
ET DE LEUR RELATIVITÉ

INTRODUCTION

1. — Les vues de l'esprit les plus simples et les plus sûres ne sont pas toujours celles qui rencontrent le plus de crédit auprès de la conscience universelle, ni même auprès de la conscience juridique : alors que des sophismes spécieux résistent indéfiniment à l'action du temps comme à celle de la critique (1), il est des vérités éternelles, des idées-forces, ou, pour parler le langage anglo-saxon, des « *standards* » fondamentaux qui, bien que représentant l'armature de toutes les législations à toute époque et dans tout pays, se trouvent périodiquement ou constamment sujets à contestation, à régression, voire même à négation : de ce nombre est le concept de la *relativité*, et par conséquent de l'*abus des droits* qui constitue une des pièces maîtresses des systèmes juridiques de tous les pays civilisés, ou, plus exactement, l'atmosphère, le « climat » dans lequel ces systèmes se développent et se réalisent.

Lorsque, voilà quelque trente ans, ce concept, fut repris et présenté par différents juristes (2), il souleva, de la part de

(1) Il suffira de citer, dans cet ordre d'idées, la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, la prétendue équipollence de la faute lourde au dol, le principe que les contrats sont sans effets à l'égard des tiers, autant de fausses vérités premières.

(2) SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, 2e éd., p. 370, note 1 ; Rapport à la première sous-commission de la commission de revision du code civil, dans le *Bull. de la Société d'études législatives* de 1905 ; CHARMONT, *L'abus du droit*, dans la *Rev. trim. de droit civil*, 1902, p. 113 ; JOSSERAND, *De l'abus des droits* ; M. HAURIOU, S. 1901. 3.57 ; 1905.3.17.

certains civilistes (1) et, ce qui est plus étrange encore, de la part de certains historiens (2), des critiques vigoureuses et même indignées qui, à l'instar de celles que suscita, quelques années auparavant, la conception objective d'une responsabilité du fait des choses, prétendaient à une condamnation définitive : chimérique, incohérente, absurde et dangereuse, la théorie prétendûment nouvelle devait disparaître de notre droit.

En réalité, la soi-disant nouveauté contre laquelle on partait en guerre constitue une antiquité infiniment vénérable : entrevue et clairement énoncée par Larombière (3) comme par Demolombe (4) elle est aussi ancienne que la coexistence et l'opposition du droit strict avec l'équité, de la légalité avec la morale juridique, de la règle formelle avec sa réalisation pratique. Suivant la parole de M. Gény, « tout le droit n'est pas enfermé dans la légalité » ; autour de la règle formelle, autour du droit écrit, vit et bouillonne tout un monde de principes, de directives, de standards où Maurice Hauriou distingue très justement « les principes constitutionnels du commerce juridique (5) » et comme une sorte de *superlégalité* (6).

Parmi ces directives à grand rendement, on peut citer l'adage d'après lequel la fraude fait échec à toutes les règles de droit — *fraus omnia corrumpit* — la règle *error communis facit jus*, le principe d'après lequel nul ne saurait causer impunément à autrui un préjudice injuste, la théorie de l'enrichissement sans cause, et surtout celle de l'abus des droits : encore qu'aucun texte du droit positif ne les énonce sous leur forme générale, la réalité de ces dogmes coutumiers, et spécialement

(1) PLANIOL, *Traité de droit civil*, t. II ; BARDE, *Traité des obligations*, dans la collection BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, nº 2855 ; H. CAPITANT, note D. P. 1926.3.10, col. 2.

(2) A. ESMEIN, S. 1898.1.17.

(3) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. VII, sur les art. 1382 et 1383, nos 11 et s.

(4) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXXI, nº 471.

(5) M. HAURIOU, *Police juridique et fond du droit*, Rev. trim. de droit civil, 1926, p. 309.

(6) *Ibid.*

du dernier, est aussi certaine que peut l'être celle des principes promulgués dans les termes les plus exprès et les plus impératifs ; elle l'est même davantage encore, puisqu'elle échappe à l'arbitraire du législateur qui ne saurait méconnaître des vérités supérieures, ne venant pas de lui et auxquelles il est lui-même subordonné. Les droits qu'il réglemente ne se réalisent pas abstraitement et dans le vide ; ils fonctionnent dans le milieu social et pour lui ; ils jouent en fonction de ce milieu, socialement, non pas dans une direction quelconque, mais en vue de fins déterminées et dans un « climat » donné ; leur destinée est de réaliser la justice et ils ne sauraient se rebeller contre elle qu'au prix d'un contre-sens juridique, d'un abus qui appellerait une sanction.

2. — Ce phénomène de dissociation du droit en législation écrite et en procédés de réalisation, d'administration, de « police juridique (1) », s'observe dans tous les pays qui ont atteint un certain degré de civilisation. Suivant l'observation de Georges Cornil, on en relève de nombreuses traces dans les sources du droit romain (2) ; comme le remarque cet auteur, il semble que le jurisconsulte Gaïus formulait déjà une théorie générale de l'abus des droits quand, pour justifier l'interdiction des prodigues et la défense aux maîtres de maltraiter leurs esclaves, il proclamait que nous ne devons point mésuser de notre droit : « *male enim nostro jure uti non debemus* » (3). Et un autre éminent romaniste, M. Charles Appleton, a pu écrire que la théorie de l'abus « est si peu moderne que sur elle repose toute l'évolution du droit romain, allant du droit strict vers l'équité » (4) ; l'évolution remonte jusqu'aux XII Tables pour aboutir à la définition fameuse de Celse « *Jus est ars boni*

(1) M. Hauriou, *op. cit.*
(2) G. Cornil, *Le droit privé*, p. 102.
(3) G. Cornil, *op. cit., eod. loc.*
(4) Ch. Appleton, *Les exercices pratiques dans l'enseignement du droit romain et plan d'un cours sur l'abus des droits*, dans la Rev. intern. de l'enseignement, 1924, p. 151.

et aequi », ainsi qu'à l'affirmation non moins célèbre de Paul : « *non omne quod licet honestum est* » (1). L'odieuse maxime « *Dura lex sed lex* », qui ne semble pas être vraiment romaine, est, en tout cas, complètement fausse en tant qu'expression du droit romain de la bonne époque ; elle doit céder le pas à son correctif et à son antagoniste « *summum jus summa injuria* », et le droit prétorien, dans son admirable et harmonieux développement, constitue la plus brillante illustration et comme la marche triomphale de la théorie de l'abus.

3. — Il est possible que cette conception, si humaine, si vivante et si souple ait sombré temporairement, à l'époque médiévale, avec l'avènement de la froide scolastique ; mais, en tout cas, on la voit réapparaître avec la renaissance du droit romain ; au XVIe siècle, Guy Coquille la développe en des formules devenues classiques : « Donc, nos coutumes sont notre vrai droit civil ; et sur icelles faut raisonner et interpréter *ex bono et aequo*, ainsi que faisaient les jurisconsultes romains sur les lois et édits : et faut dire *quod fit ars boni et aequi*, et non pas une officine de subtilité et rigueur... » (2) ; au siècle suivant, Basnage, dans son traité des hypothèques, écrit qu' « il y a quelquefois de l'injustice à vouloir être trop juste, *summum jus summa injuria*. Sous prétexte de s'attacher à l'esprit de la loi dans toute sa rigueur, l'on s'éloigne aisément de l'équité qui est naturellement contraire à cette justice inflexible qui ne pardonne rien... » (3) ; et Domat fait application de cette règle de conduite au droit de propriété en décidant qu'un propriétaire peut engager sa responsabilité s'il fait, dans son héritage, un changement dans le seul but de nuire à autrui « sans usage pour soi. Car, en ce cas, ce serait une malice que l'équité ne souffrirait point (4) ».

(1) Ch. APPLETON, *Notre enseignement du droit romain, ses ennemis et ses défauts*, dans les *Mélanges G. Cornil*, p. 68 et suiv.
(2) GUY COQUILLE, *Questions, réponses et méditations sur les articles des coutumes*, chap. I.
(3) BASNAGE, préface au *Traité des hypothèques*.
(4) DOMAT, *Lois civiles*, livre II, titre 8, sect. 3, n° 9.

La tradition est donc constante, et, semble-t-il, ininterrompue ; comme les prudents de la Rome antique, nos anciens auteurs ont vu dans le droit la science du bien et du juste ; comme eux, ils ont estimé que cette science devait tendre au triomphe de l'équité, non de l'injustice, et que les prérogatives sociales ne pourraient être exercées que socialement, pour un motif correct, en vue de fins légitimes ; comme eux enfin, ils ont saisi et affirmé cette même opposition entre la légalité stricte et la justice, opposition que Voltaire sertissait dans un vers demeuré classique :

Un droit porté trop loin devient une injustice.

4. — En présence de cette longue et constante tradition, comment expliquer la résistance — aujourd'hui bien affaiblie d'ailleurs et bientôt imperceptible — d'une partie de l'opinion juridique française contemporaine ? Comment comprendre que certaines consciences, cependant très averties, aient été choquées par le développement d'une thèse sociale qui a derrière elle un tel passé et qui offre de semblables gages ?

La responsabilité de cette attitude hostile incombe, non pas au droit romain, ni même aux glossateurs ou aux postglossateurs par les soins desquels il fut si souvent déformé, mais bien à notre droit révolutionnaire et aux grandes codifications qui en furent l'aboutissement et, dans une bonne mesure, la cristallisation officielle et, pour longtemps définitive. Né des excès et des abus de l'ancien régime, ce droit, élaboré sous l'influence dominante des philosophes du XVIIIe siècle, est marqué au coin d'un individualisme exaspéré ; son objectif essentiel est d'affranchir l'homme de toutes les entraves politiques, juridiques, économiques ou sociales, que l'ancienne France avait fait peser si lourdement sur lui ; et, pour en arriver là, il lui reconnaît, en tant qu'individu, abstraction faite du milieu social auquel il ressortit, des droits préexistants, des prérogatives innées supérieures aux lois et aux conventions

humaines : ce sont les « *Droits de l'Homme* » de la fameuse Déclaration de 1789, « droits naturels, inaliénables et sacrés », « droits naturels et imprescriptibles », droits « inviolables » qui s'imposent aux pouvoirs publics, sans en excepter le législatif et le constituant lui-même. Une telle conception, qui s'explique historiquement par le jeu inéluctable des réactions sociales, devait aboutir à l'absolutisme des droits subjectifs ; par elle, l'individu devient un souverain, armé de prérogatives intangibles dont il peut user discrétionnairement, fût-ce à l'encontre de l'Etat : en projetant « fictivement l'individu hors du milieu social », (1) l'école du droit naturel était fatalement amenée à lui permettre d'exercer ses droits dans une quelconque direction, même asociale, même antisociale. Les auteurs de nos grandes codifications et, plus spécialement les rédacteurs de notre code civil, quelle que fût leur sagesse et leur désir de faire œuvre transactionnelle, n'ont pu se libérer de l'empreinte individualiste de la période révolutionnaire ; si, comme on l'a écrit spécieusement, le Premier Empire n'est autre chose que la « Révolution bottée », la législation napoléonienne, tout imprégnée du souffle révolutionnaire, était appelée à se cristalliser autour des axiomes fondamentaux qui venaient d'être érigés en haine du passé et pour opposer une digue à tout retour offensif : or, au premier rang de ces vérités premières, figurait l'intangibilité de la personnalité humaine dont le libre essor et l'épanouissement paraissaient impliquer la reconnaissance de droits individuels sacrés, imprescriptibles, et, en principe du moins, illimités ; l'homme, qui est à lui-même sa propre raison suffisante, qui est, dans la doctrine kantienne, une fin en soi, doit pouvoir exercer souverainement, indéfiniment les prérogatives qui constituent la marque et l'affirmation de sa personnalité ; il ne saurait en abuser (2).

5. — Conception impérialiste procédant d'idées philoso-

(1) G. CORNIL, *op. cit.*, p. 93.
(2) MORIN, *La révolte des faits contre le code civil*, p. 10.

phiques infiniment respectables et généreuses, mais conception tout artificielle, que l'on a pu dénommer celle du « volontarisme individualiste » (1) et qui reposait sur un postulat erroné, sur une fiction inadmissible : l'isolement de l'homme dans la société. Dans la réalité, ce n'est pas en tant qu'individu que l'homme intéresse le législateur, les pouvoirs publics et le juriste, mais bien en tant qu'unité sociale ; ce n'est pas dans les espaces interplanétaires qu'il fait valoir et qu'il réalise ses droits, mais dans un milieu social dont il constitue l'une des innombrables cellules, la plus fragile et la plus infime ; rouage subalterne enchâssé dans un mécanisme complexe et formidable, il doit se comporter en fonction du milieu auquel il ressortit ; à chaque fois qu'il exerce un droit, fût-ce en apparence le plus individuel et le plus égoïste, c'est encore une prérogative sociale qu'il réalise, et c'est donc dans une direction sociale qu'il doit l'utiliser (2), conformément à l'esprit de l'institution, *civiliter* (3).

6. — C'est là une vérité cardinale à laquelle il ne dépend pas d'un système philosophique ou législatif de se soustraire et nous verrons que les rédacteurs du code civil eux-mêmes, si puissante que fût l'emprise exercée sur leurs esprits par le droit révolutionnaire, ont dû parfois lui rendre un hommage nécessaire ; mais ils l'ont fait si rarement et avec une telle discrétion qu'on est fondé à dire que cette vérité a subi une éclipse partielle pendant près d'un siècle, surtout en doctrine et en législation, car notre jurisprudence, qui travaille sur les faits et dont l'œuvre est essentiellement pratique, ne s'est jamais abstraite de la réalité sociale et n'a jamais cessé de voir dans les droits subjectifs des prérogatives causées, impropres à servir de machines de guerre contre la société ou contre les

(1) B. Tabbah, *Du heurt à l'harmonie des droits*, thèse Lyon. 1936.
(2) Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*.
(3) Edmond Picard, *Le droit pur*.

individus ; grâce à elle, la thèse traditionnelle de l'abus a pu maintenir nombre des ses positions que des auteurs, dont l'autorité fut considérable, prétendaient lui faire abandonner.

7. — Et non seulement le terrain précédemment conquis fut conservé grâce à la sagesse de nos tribunaux, mais encore il fut organisé et étendu : la théorie de l'abus — et c'est en cela seulement qu'elle relève de l'actualité — s'est développée en un double sens, dans une double direction : d'une part, en effet, elle s'est propagée jusqu'à des domaines jusque-là inexplorés, elle est venue causer et limiter des droits avec lesquels elle n'avait pas jusqu'alors pris le contact (1) ; d'autre part, elle a changé de signification et de critère : tandis que, pour les juristes romains, l'acte abusif était surtout, sinon exclusivement, l'acte malicieux, il est devenu, dans l'état actuel de notre droit positif, l'acte antifonctionnel, l'acte contraire à l'esprit d'un droit déterminé ; d'intentionnel qu'il était autrefois, le critère est devenu social, et la théorie y a beaucoup gagné en puissance et en étendue.

8. — Cette double évolution, cette avance réalisée dans le prétoire de nos tribunaux par la théorie de l'abus avait rendu plus sensible le divorce entre une partie de la doctrine et la jurisprudence, l'une qui traitait le droit en science exacte et abstraite, alors que celle-ci, penchée sur les faits, y voyait une science sociale, à base d'observation. L'issue de ce différend ne pouvait être douteuse ; la réalité devait l'emporter sur la fic-

(1) Il nous suffira de citer le droit de garde qui appartient au père (*infrà*, n° 71) ; le droit qui était conféré au mari d'autoriser sa femme, jadis incapable, droit dont l'abus était et demeure possible, dans les limites resserrées où il existe encore, soit sous sa forme positive (*infrà*, n° 80), soit sous son aspect négatif (*infrà* n° 79) ; ou encore le droit de ne pas contracter (*infrà*, n°s 9 et s.) ou de se substituer quelqu'un dans l'exécution du contrat (*infrà*, n°s 129 et s.), ou, pour un propriétaire, d'exercer la faculté de reprise que lui confère la loi ; ou enfin, pour un débiteur, ce droit inédit, paradoxal, issu à la fois de la crise économique et de la crise de conscience que nous traversons simultanément : « le droit de ne pas payer ses dettes ! »

tion ; l'esprit de finesse devait avoir raison de l'esprit de géométrie ; depuis une trentaine d'années, la grande majorité sinon l'unanimité des civilistes ont pris parti en faveur de la *relativité* des droits et contre la doctrine *absolutiste* à laquelle l'école philosophique du XVIIIe siècle, les lois de la période révolutionnaire et la grande codification napoléonienne avaient donné une faveur passagère qu'expliquait seul un désir de réaction violente contre le passé mais qui venait se heurter, en tant que doctrine permanente, à l'essence même du droit et à sa mission sociale ; si, comme le note un grand juriste anglais, l'accueil des « leading *civilistes* » fut d'abord assez froid (1), il a ensuite beaucoup gagné en sympathie et en cordialité ; et M. Georges Ripert lui-même, dont le témoignage ne saurait être suspect, reconnaît que « la théorie de l'abus des droits, mise en forme à la fin du siècle dernier, est devenue classique en quelques années » (2). Nombreux sont les auteurs qui, dans ces dernières années, loin de faire grief à notre jurisprudence d'avoir admis la relativité de droits en apparence égoïstes tels que la propriété ou le droit de contracter, se sont déclarés ouvertement partisans de l'idée de la relativité et ont pris à tâche de guider nos tribunaux dans leur tâche difficile et féconde en faisant œuvre de systématisation (3) ; au lieu d'accumuler les obstacles sur la route historique, ils s'efforcent de la dégager, et, loin de retenir notre jurisprudence dans sa tendance traditionnelle, ils sont plutôt enclins à l'encourager, à l'inciter à réaliser, pour toutes les prérogatives individuelles, cet assouplissement bienfaisant, cette compression sociale en dehors de laquelle le droit deviendrait odieux, puisqu'il pour-

(1) H. C. GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, p. 35 : « the leading « *civilistes* » are, in fact, somewhat covley disposed towards the theory of abuse, and the general tendency is against any further expansion of its ambit ». Cette constatation, peut-être exacte au moment où elle était formulée, ne correspondrait plus aujourd'hui à l'état de la doctrine récente.

(2) G. RIPERT, *Abus ou relativité des droits*, Rev. crit. de législation et de jurisprudence, 1929.

(3) V. *infrà*., n° 235.

rait servir indifféremment à consacrer la justice ou l'injustice, au gré des scrupules ou des appétits de chacun. S'il est vrai que la vie du droit se ramène à une lutte, il convient du moins que ce ne soit pas à la lutte du pot de terre contre le pot de fer et que les armes mises par les pouvoirs publics à la disposition des combattants ne soient pas des armes empoisonnées, qu'elles ne puissent être utilisées qu'à bon escient et conformément à la règle du jeu, laquelle est une règle invariablement sociale.

9. — *Plan général.* — C'est cette règle que nous nous proposons de rechercher et de fixer au cours de cette étude de l'abus des droits. Afin de ne point établir de préjugés, nous éviterons de donner, au seuil même de notre enquête, une définition précise de l'abus : la physionomie de cette notion s'accusera au fur et à mesure que nous exposerons le *droit positif français actuel,* que nous procéderons ensuite à une sommaire esquisse de *droit comparé,* enfin que nous entreprendrons de réaliser dans une troisième partie et sur les bases ainsi dégagées, une *systématisation générale de l'abus des droits, en fonction de leur esprit.*

10. — Pour l'instant, il nous suffira de noter que, de même qu'il existe un *esprit des lois* et, plus généralement, un *esprit du droit* entendu objectivement et dans son ensemble, ainsi doit-on admettre l'existence d'un *esprit des droits,* inhérent à toute prérogative subjective, isolément envisagée, et que, pas plus que la loi ne saurait être appliquée au rebours de son esprit, pas plus qu'un fleuve ne saurait modifier le cours naturel de ses eaux, nos droits ne peuvent se réaliser à l'encontre et au mépris de leur mission sociale, à tort et à travers : on conçoit que la fin puisse justifier les moyens, du moins lorsque ceux-ci sont légitimes en eux-mêmes ; mais il serait intolérable que des moyens, même intrinsèquement irréprochables, pussent justifier toute fin, fût-elle odieuse et inconcevable.

C'est précisément contre une telle éventualité que se dresse la thèse de l'*abus des droits* qui a pour ambition et pour raison d'être d'assurer le triomphe de l'*esprit des droits*, et, par là, de faire régner la justice, non point seulement, ce qui est relativement aisé, dans les textes des lois et dans des formules abstraites, mais, ce qui est un idéal plus substantiel, dans leur application même et jusque dans la réalité vivante.

PREMIÈRE PARTIE

Le droit positif français actuel.

---

11. — Dans sa teneur actuelle et dans ses rapports avec la thèse de la relativité et de l'abus des droits, notre système juridique français est avant tout de formation et de tessiture jurisprudentielles ; toutefois, on relève, dans l'appareil législatif, un certain nombre de dispositions qui ressortissent, les unes sans conteste, d'autres plus ou moins dubitativement, au concept de l'abus.

Les applications ainsi faites, tant par nos tribunaux que par le législateur, de la théorie de la relativité, sont tellement multiples, elles intéressent des prérogatives tellement variées, que nous ne pouvons même pas songer à en épuiser la liste jamais close, mais que nous devons nous limiter aux plus intéressantes et aux plus suggestives d'entre elles ; nous éviterons ainsi des redites inutiles tout en extrayant la substance même de notre sujet.

12. — *Plan*. — Nous mettrons successivement en contact avec le concept de l'abus :

1° La propriété ;
2° Les sûretés ;
3° Les voies de droit ;
4° Les puissances familiales ;
5° Le droit des contrats ;

6° Les libertés individuelles et corporatives ;
7° Les pouvoirs administratifs ou statutaires ;
8° Le droit international, privé et public.

Dans un chapitre consacré à chacune de ces prérogatives ou de ces disciplines, nous en montrerons la relativité effective qui se dissimule parfois sous les apparences d'un absolutisme trompeur.

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

13. — A tout seigneur tout honneur : le droit de propriété est considéré traditionnellement comme le droit individuel par excellence, comme le prototype de la prérogative absolue ; c'est un *dominium* conférant à celui qui en est investi les pleins pouvoirs, *plena in re potestas* ; le droit révolutionnaire, acceptant et fortifiant même l'héritage du passé, lui a reconnu solennellement la valeur d'un attribut naturel et imprescriptible, inviolable et sacré, de la personnalité humaine, au même titre que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression (1) ; quant à notre code civil, il le définit « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue... » (2). Dans la conception millénaire, le propriétaire est un souverain qui, retranché dans sa chose comme dans une forteresse, agit à sa guise, discrétionnairement, sans qu'on puisse lui demander compte de ses actes et moins encore des mobiles qui les lui ont inspirés (3).

14. — Cependant, c'est là une conception purement scolastique et légendaire, fort éloignée de la réalité, dont elle représente presque l'antipode ; et il n'est pas besoin de pousser

(1) *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, art. 2 et 17.
(2) C. civ., art. 544.
(3) V. sur cette conception traditionnelle du droit de propriété, DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé*, p. 147 et s. — Cpr. : M. MORIN, *Le sens des transformations contemporaines du droit.*

bien avant l'étude de la propriété pour apercevoir que ce droit prétendûment illimité comporte, surtout en matière foncière, une multitude d'entraves, de barrières, de frontières qui compriment ses mouvements et qui s'opposent à son expansion ; il suffit, pour obtenir cette conviction, de prendre le contact avec quelques décisions de la Cour de cassation, particulièrement symptomatiques : « attendu, déclare la chambre des requêtes, que l'exercice du droit de propriété demeure subordonné à la condition de ne pas causer de dommage à la propriété d'autrui... » (1) ; « attendu, proclame à son tour la chambre civile, que l'exercice, même légitime, du droit de propriété, devient générateur de responsabilité lorsque le trouble qui en résulte pour autrui dépasse la mesure des obligations ordinaires du voisinage »... (2).Dès la lecture de ces attendus de principe, il apparaît que la *plena in re potestas* de la Rome antique est singulièrement comprimée dans son développement et que sa plénitude est verbale plutôt qu'effective.

Fort heureusement, d'ailleurs ; car, si ce droit tyrannique était abandonné à lui-même, à sa nature spécifique, il envahirait tout et finirait par se détruire lui-même. On connaît les pages devenues classiques dans lesquelles Ihering a noté les ravages que tout propriétaire foncier serait en mesure d'exercer s'il lui était permis d'user de tout son droit, jusqu'à l'absurde : il « établira sur son fonds une écorcherie empestant l'air environnant, un puits renfermant des substances qui empoisonnent la terre du voisin, une fabrique dont l'exploitation ébranle le sol et fait crouler les maisons avoisinantes, dont la fumée tue la végétation aux alentours, ou dont la chaleur intense empêche tout séjour à proximité ; il creusera joignant la limite un trou profond qui fera crouler le mur du voisin, etc. En faisant tout cela, il reste rigoureusement dans les limites de sa propriété » (3).

(1) Req. 23 mars 1927, D. P. 1928.1.73, note SAVATIER.
(2) Civ. 29 mai 1937, D. H. 1937.393.
(3) IHERING, *Œuvres choisies*, trad. de Meulenaëre, t. II, p. 112 et s.

On ne saurait mettre plus vigoureusement en lumière l'impossibilité sociale d'un droit de propriété absolu ; la nature envahissante d'une telle prérogative nécessite impérieusement des mesures de compression. Ces mesures salutaires ont été prises par le législateur et par la jurisprudence ; elles sont importantes et nombreuses ; seulement, elles ne présentent pas une signification juridique uniforme ; elles ne dérivent pas toutes, tant s'en faut, du concept de l'abus auquel des auteurs faisant autorité ont pensé à les rattacher indistinctement, et il importe, avant de pénétrer plus avant dans le sujet, de distinguer entre celles qui ressortissent à ce concept et celles qui lui demeurent étrangères : c'est un travail de discrimination assez délicat mais indispensable, si l'on veut éviter des confusions et des erreurs fâcheuses, susceptibles d'obscurcir irrémédiablement un problème déjà si complexe et si subtil par lui-même.

15. — Le centre de la difficulté réside dans les restrictions à la propriété foncière qui sont édictées ou reconnues dans l'intérêt des voisins et que l'on désigne volontiers sous le nom d'*obligations de voisinage*.

Parmi ces restrictions, il en est qui sont formulées et précisées par un texte de loi, telles celles qui concernent l'ouverture de vues ou de jours ou bien les distances à observer pour les plantations ou certaines constructions : si ces dispositions impératives sont méconnues, si par exemple un propriétaire foncier ouvre une vue droite dans un mur situé à la limite de son héritage, il y a, non pas abus, mais défaut de droit ; les frontières objectives du droit de propriété ont été dépassées et non point seulement les limites subjectives ; ce n'est pas l'esprit de l'institution qui a été méconnu mais bien le texte même de la loi, et la situation ne diffère pas sensiblement de celle qui

La même idée a été exprimée par DEMOLOMBE pour les droits en général, chacun d'eux trouvant sa limite infranchissable dans les droits d'autrui (*Cours de Code Napoléon*, t. XXXI, nº 471).

aurait été créée par un empiètement commis matériellement et directement sur le domaine d'autrui (1) ; dans un cas comme dans l'autre, il y a entreprise sur le fonds de voisin ; et c'est pourquoi, dans un cas comme dans l'autre, une sanction interviendra, sanction en nature — l'ouverture indûment pratiquée devra être murée — et sans qu'il y ait lieu de faire état de la mentalité du contrevenant, des mobiles qui avaient pu l'inciter à se livrer à cet empiètement sur les droits du voisin. Nous sommes alors complètement en dehors — et nous ne croyons pas que l'opinion contraire soit défendable — du domaine de l'abus du droit de propriété.

16. — Mais ces restrictions écrites, de forme législative, ne sont pas les seules qui pèsent sur la propriété foncière : à côté d'elles, en dehors d'elles, la jurisprudence admet et la doctrine enseigne l'existence d'une trame extrêmement serrée, qui comprend les véritables obligations de voisinage, obligations réciproques comme celles de la catégorie précédente, mais qui, à leur différence, ne sont pas inscrites dans la loi (2), étant dégagées et définies par le juge, et qui se ramènent toutes à ce simple précepte de sociabilité que chaque propriétaire foncier est tenu de ne pas gêner, de ne pas incommoder ses voisins au-delà d'une certaine mesure, d'ailleurs assez peu définie, la mesure des *obligations ordinaires du voisinage*, à peine d'engager sa responsabilité qui sera mise en œuvre sous forme de dommages-intérêts, par exemple s'il se livre à un travail bruyant (3) ou s'il provoque l'exhalaison de fumées délétères (4) ou de

(1) V. pour le cas d'anticipation sur le terrain d'autrui et de provocation d'éboulements, un arrêt de la chambre des requêtes du 3 juin 1926 (D. H. 1926.345), dans lequel est posé ce principe que, si l'art. 544 c. civ. confère au propriétaire le droit de jouir de sa chose de la manière la plus absolue, « il ne jouit de ce droit qu'à la condition de ne pas porter atteinte à la propriété d'autrui ».

(2) Cependant, elles sont présupposées, du moins en thèse générale, dans l'art. 1370 c. civ. qui cite, comme exemple d'engagements formés involontairement, les « engagements entre propriétaires voisins ».

(3) V. Orléans, 22 nov. 1889, D. P. 1891.2.120.

(4) V. Civ. 18 févr. 1907, D. P. 1907.1.385, note RIPERT ; Req. 14 févr. 1910, D. P. 1910.1.236 ; 18 juin 1923, S. 1924.1.212.

poussières incommodantes pour le voisinage (1) ou si, d'une façon plus générale, il risque de compromettre la santé, la sécurité, la tranquillité, les biens matériels ou moraux de ses voisins (2).

Ces obligations de voisinage, d'ordre négatif, puisqu'elles se ramènent au devoir général de ne pas causer aux voisins une gêne excédant la commune mesure, devaient soulever, parce qu'elles sont de création ou du moins d'aménagement jurisprudentiel, de très nombreuses difficultés : on se demande notamment quelles en sont la nature et la source ; constituent-elles de véritables obligations ou bien ne faut-il pas les traiter comme des servitudes ? Et, si l'on admet le premier point de vue, le seul exact à notre sentiment, sommes-nous en présence d'obligations délictuelles ? ou d'engagements quasi contractuels ? ou peut-être d'obligations nées *ex lege* ? Ce n'est pas ici le lieu d'agiter ces problèmes ; une seule question doit retenir notre attention : le propriétaire qui transgresse une de ces obligations de voisinage doit-il être considéré comme commettant un abus de son droit ?

On a parfois défendu ce point de vue dont les partisans, jadis nombreux et qualifiés (3), se font de plus en plus rares (4) : c'est que, traditionnellement comme dans notre droit positif actuel, l'abus implique la déviation d'un droit, son détournement du but en vue duquel il a été institué ; or, le propriétaire qui cause autour de lui des incommodités excédant les obliga-

(1) Req. 19 avr. 1905, D. P. 1905.1.256.

(2) Les enseignes lumineuses sont susceptibles de déterminer une gêne excessive qui sera, pour les voisins, une source de dommages-intérêts. Just. de paix, Toulouse, 1er avr. 1925 (*Rec. des sommaires*, 1925, nº 2911 et *infrà*, nº 27) ; V. pourune porcherie établie à proximité d'une propriété d'agrément, Req. 5 déc. 1904 (D. P. 1905.1.77), et pour un marteau-pilon dont le fonctionnement compromet la solidité d'une maison voisine, Montpellier, 1er févr. 1933 (D. H. 1933.212).

(3) Dans les premières éditions de leurs traités, MM. COLIN et CAPITANT (t. I, p. 765) et PLANIOL (t. II, nº 872) s'étaient rangés à l'explication de l'abus ; les dernières éditions de ces ouvrages abandonnent ce point de vue (PLANIOL et RIPERT, *loc. cit.* ; COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE, t. I, nº 743).

(4) La conception de l'abus est enseignée par MM. H. et L. MAZEAUD, t. I, nºs 593 et s., notamment nº 621.

tions ordinaires du voisinage ne commet aucune déviation, aucun détournement de ce genre ; il fait acte de propriétaire, intensément, éperdument ; il use de son droit en vue de son propre intérêt, donc conformément au vœu du législateur et à l'essence même de la propriété individuelle : fabricant, industriel, agriculteur, il se livre à l'exercice de sa profession, sur son propre domaine ; il agit bien et il reste bien dans l'esprit de l'institution. Sous une autre forme, l'abus implique, dans l'opinion dominante telle qu'elle ressort des décisions jurisprudentielles, la commission d'une faute, consciente ou non ; il se ramène à la notion générique du délit ou du quasi-délit ; or, comment imputer à faute l'exercice d'une profession licite, dans des conditions normales ?

L'entreprise serait particulièrement osée si le directeur de l'établissement nuisible avait obtenu, comme il arrive fréquemment, une autorisation administrative, ou une reconnaissance d'utilité publique, voire même une concession consentie par les pouvoirs publics, comme c'est le cas pour une administration de chemins de fer qui s'acquitte d'une fonction d'utilité générale. Malgré cette estampille officielle, le directeur de l'établissement et notamment le propriétaire n'en sera pas moins déclaré responsable des dommages causés par les fumées, les exhalaisons ou les étincelles qui s'échappent de l'usine ou des locomotives (1) ; mais sa responsabilité ne saurait s'étayer sur aucune faute, et, spécialement, sur aucune déviation de ses droits, sur aucun mobile illicite ou répréhensible (2).

(1) V., en ce qui concerne les dommages causés par les établissements dangereux, incommodes ou insalubres, dûment autorisés : Civ. 26 mars 1873 (D. P. 1873.1.353) ; Req. 14 juill. 1875 (D. P. 1876.1.447) ; 18 nov. 1884 (D. P. 1885.1.71) ; 19 oct. 1910 (D. P. 1912.1.507) et, pour les dommages causés par les compagnies de chemins de fer, concessionnaires d'un service public, Cass. 4 avr. 1905 (D. P. 1908.1.204) ; 24 juill. 1905, deux arrêts (D. P. 1908.1.183) ; 17 juill. 1922 (D. P. 1923.1.172).

(2) Les arrêts insistent sur ce point que les actes incriminés ne constituent que « l'exercice légitime » du droit de propriété. V. l'arrêt précité du 19 oct. 1910.

En réalité, cette responsabilité est d'ordre objectif ; elle s'explique, non par une fausse direction imprimée au droit, mais par l'intensité même du dommage causé ; elle dérive, non d'un délit, mais du risque particulier, exorbitant du droit commun, que le propriétaire ou le chef de l'établissement avait créé, dans son propre intérêt, et sans réciprocité possible ; ce risque doit se réaliser, en dernière analyse, non sur la tête d'un tiers, étranger à sa création comme à son utilisation, mais bien sur celle de l'homme qui l'a institué pour son compte personnel et qui, parce qu'il en recueille les profits, est tout désigné pour en assumer les incidences fâcheuses : *ubi emolumentum ibi et onus esse debet*. C'est une question d'équilibre des droits et des intérêts rivaux qui se pose alors ; et cette question est résolue sans que soit mise en cause la moralité ni l'opportunité de l'acte, sans que soient scrutés ni suspectés les mobiles de l'agent ; elle est envisagée objectivement, en dehors de toute recherche d'ordre psychologique et en fonction de la théorie du risque (1) ; elle est d'ordre *quantitatif*, non *qualificatif*, au lieu que l'abus des droits constitue, comme il ressort des décisions jurisprudentielles et comme nous le démontrerons par la suite, une notion subjective, au moins par un certain côté (2) ; décider autrement serait d'ailleurs lui donner un domaine quasi illimité, lui faire englober la responsabilité presque dans son entier, contrairement à la tradition, à la terminologie et aux positions prises tant par notre jurisprudence que par les législations étrangères.

17. — Nous considérons donc comme acquis que les restrictions apportées à la propriété foncière, soit par la loi et sous

(1) V. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3e éd., t. I, nos 1495 et s. C'est sur le plan indiqué au texte que la jurisprudence *belge* a construit la responsabilité pour dommages causés aux voisins par l'exercice normal, non fautif, du droit de propriété. V. Bruxelles, 20 mai 1857 (*Belg. judic.*, 1857, col. 965) ; Liége, 26 nov. 1902 (*Pasic.*, 1903.2.147) ; et CAMPION, *La théorie de l'abus des droits*, no 67.

(2) *Infrà*, nos 302 et s

une forme précise et concrète, soit par la jurisprudence et sous le couvert des obligations dites « de voisinage », sont invariablement extérieures à la théorie de l'abus du droit de propriété, laquelle implique un détournement de ce droit, son utilisation dans une direction autre que la direction légale, en violation de l'esprit de l'institution (1).

18. — *Les cas d'abus du droit de propriété.* — Notre jurisprudence proclame constamment que le droit de propriété est susceptible d'abus, et notamment que la responsabilité du titulaire est engagée par l'usage malicieux qu'il viendrait à en faire au détriment d'un tiers.

Elle pose ce principe sous une forme très générale, pour la propriété envisagée dans son ensemble, dans son universalité ; mais il est à observer que ses décisions sont invariablement intervenues à l'occasion de tel ou tel attribut de ce droit ; ce n'est pas la propriété tout entière, dans sa puissante valeur synthétique, qui a été détournée de sa finalité, mais seulement une des innombrables prérogatives qui y sont attachées, en sorte que l'abus se présente sous une forme fragmentaire et spécialisée.

19. — L'observation est d'importance, car il est un certain nombre de ces prérogatives qui sont précisément réfractaires à l'épreuve de l'abus : concédées au propriétaire en des termes et dans un esprit absolus, elles peuvent être exercées en vue d'une fin quelconque, pour un motif quelconque, même malicieux, sans que la responsabilité de l'agent puisse être jamais engagée à leur occasion, pourvu cependant que son intervention soit demeurée en-deçà des limites objectives et précises qui ont été tracées par la loi.

Car — et c'est une observation qui sera renouvelée à l'occa-

(1) *Sic.* RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété*, p. 336 ; *La règle morale dans les obligations civiles*, nº 96 ; M. PICARD, *Les biens*, dans le *Traité pratique de droit civil français* de MM. PLANIOL et RIPERT, nºs 470 et 471 ; COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE t. I, nº 743.

sion de la plupart des droits — on peut dire que la théorie de l'abus recule devant les précisions apportées par le législateur dans la réglementation des prérogatives individuelles ; *mieux un droit est délimité et moins volontiers l'exercice en deviendra abusif* : les frontières objectives rendent moins nécessaires les frontières subjectives ; parfois même elles leur enlèvent toute utilité.

C'est ainsi, et par application de cette loi générale, que sont insusceptibles d'abus les règles qui ont été posées dans le code civil pour la plantation des arbres (art. 671 et s.), pour l'ouverture des vues (art. 675 et s.), pour le passage en cas d'enclave (art. 682 et s.) : par exemple, le propriétaire dont le fonds est envahi par les racines des arbres du voisin, peut toujours se faire impunément un malin plaisir de les couper lui-même à la limite de la ligne séparative, comme l'article 672, § 2, lui en donne le droit absolu, de même qu'il pourra, très indiscrètement, multiplier les ouvertures pratiquées dans son mur pourvu que soient respectées les distances établies dans les articles 677 et suivants.

Peut-être convient-il également de ranger au nombre des droits absolus, insusceptibles d'abus, la faculté qui appartient à tout propriétaire joignant un mur d'en acquérir la mitoyenneté (1), et sans que le voisin puisse lui objecter l'absence d'un intérêt légitime. C'est du moins en ce sens que s'est prononcée notre Cour de cassation (2) ; mais il n'est pas sans intérêt de signaler qu'en Belgique, la Cour de Gand a consacré l'opinion opposée en refusant à un propriétaire l'acquisition d'une mitoyenneté pour cette raison qu'il se trouvait dans l'impossibi-

(1) C. civ., art. 661.

(2) Civ. 11 mai 1925, S. 1926.1.22 ; la Cour suprême relève que l'article 661 impose seulement l'obligation de payer au maître du mur la moitié de sa valeur et moitié de la valeur du sol sur lequel il est bâti, et que ce sont là les seules conditions auxquelles soit soumis l'exercice du droit. En réalité, c'est là résoudre la question par la question ; car il s'agit de savoir si ce droit n'est pas conditionné en outre subjectivement et par application de la théorie générale de l'abus.

lité, à raison des circonstances de la cause, d'en faire un usage normal (1) ; le droit conféré à tout propriétaire par l'article 661 du code civil est donc compris, en France comme un droit absolu, en Belgique comme un droit relatif dont l'exercice est subordonné à l'existence d'une cause légitime.

Sous le bénéfice de divergences de ce genre, les droits que nous venons de citer doivent être considérés comme des droits détachés de toute finalité, des droits *non causés*, nous dirions volontiers des droits *amoraux* ; ils se prêtent à une utilisation quelconque, en vue d'un but quelconque, pourvu que leur titulaire respecte les limites objectives que le code civil a tracées avec une méticuleuse précision.

20. — Plus nombreuses encore, et surtout plus importantes sont les prérogatives qui, ressortissant à la propriété foncière, sont considérées comme douées d'une finalité propre contre laquelle elles ne sauraient être impunément utilisées et qui se dégage de l'essence même de cette institution : droit égoïste, au moins en apparence, et pour qui ne pénètre pas jusqu'à son *substratum*, lequel est invariablement social comme celui de tout concept juridique, la propriété individuelle est vouée à la satisfaction de l'intérêt du propriétaire, ou du moins — c'est une réserve qui figure dans quantité de décisions et qui est devenue de style judiciaire — à la satisfaction de son intérêt *sérieux et légitime*. Dans la mesure où il poursuit cette satisfaction, le titulaire use correctement de son droit ; occasionnât-il, en ce faisant, des dommages à un tiers, que sa responsabilité ne serait pas engagée, réserve faite, évidemment, de la création d'un risque exceptionnel sur laquelle nous nous sommes expliqué précédemment et sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir. Du moment que la direction imprimée au droit est une direction licite, celle-là même qui avait été prévue par le législateur, le propriétaire peut s'y engager librement, réso-

(1) Gand, 22 juin 1907 (*Pasic.*, 1907.2.313).

lument, immunisé qu'il est par son propre intérêt légitime et dans la mesure où cet intérêt existe.

Si, au contraire, il met en œuvre son droit de propriété en vue de fins étrangères à son intérêt légitime, notre jurisprudence ne lui passe plus rien ; elle ne lui permet plus de causer un préjudice à autrui ; elle le rend responsable de ce préjudice survenu au cours d'une fausse direction imprimée à ses prérogatives dont elle considère qu'il a abusé ; l'acte accompli, licite en lui-même et si on l'envisage intrinsèquement, devient illicite par les mobiles qui l'ont déterminé, par la finalité à quoi il tend.

21. — Au premier rang de ces mobiles incorrects, inadmissibles, qui vicient l'acte du propriétaire accompli sous leur empire, figure *l'intention de nuire*, l'esprit de malice. La volonté de causer un dommage à autrui est antisociale, donc antijuridique par essence même ; elle ne saurait en aucun cas cadrer avec la finalité, la mission d'un droit quel qu'il soit (1), fût-ce un droit apparemment égoïste comme celui de propriété individuelle ; elle sera donc invariablement constitutive de la déviation de ce droit, révélatrice de son abus.

Cette idée simple, d'une évidence et d'une justice absolues, que le droit romain consacrait déjà par la règle « *malitiis non est indulgendum* » (2) est acceptée depuis toujours par notre jurisprudence qui en fait des applications de plus en plus nombreuses, à une foule d'actes accomplis, les uns dans le *domaine aérien*, les autres dans le *tréfonds*, d'autres enfin à la *surface* même du sol.

22. — I. — *Abus commis par le propriétaire dans l'utilisation de son domaine aérien*. — Aux termes de l'article 552 du code civil, la propriété du sol emporte la propriété du dessus, en

(1) Nous aurons cependant quelques réserves à faire à ce sujet. *Infrà*, nos 269 et 306.

(2) V. P. HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 445 et 446.

sorte qu'elle confère au propriétaire la faculté de faire « toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre *des Servitudes ou Services fonciers* ». Il semble donc que, sous le bénéfice de cette réserve finale qui allait de soi, le propriétaire d'un domaine, maître en même temps de l'immensité verticale, puisse tirer parti à sa guise et discrétionnairement du dessus, aussi bien que de la surface ou du tréfonds. Et cependant notre jurisprudence lui trace une limite infranchissable, d'ordre à la fois social et subjectif, représentée par la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime ; notamment, elle n'admet pas qu'il puisse être guidé par le désir de nuire à ses voisins, désir illicite devant lequel cesse la protection de la justice.

Voilà plus de trois quarts de siècle que la cour de Colmar eut l'occasion de faire application de ces principes au propriétaire d'une maison qui avait élevé sur son toit une fausse cheminée de hauteur imposante ; cet ouvrage, sans aucune utilité pour lui, était destiné uniquement à assombrir la demeure du voisin qui eut recours à la justice pour faire cesser ce dommage permanent et malicieux et qui obtint la démolition de la fausse cheminée, au nom de la thèse de l'abus des droits.

En effet, la cour proclama à cette occasion que «... s'il est de principe que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu, autorisant le propriétaire à user et à abuser de la chose, cependant l'exercice de ce droit, *comme celui de tout autre*, doit avoir pour limite *la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime* » ; et elle ajoutait que « les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion, *ne se justifiant par aucune utilité personnelle* et portant un grave préjudice à autrui. » (1) Ainsi, pour la cour de Colmar, ce qui justifie l'exercice du droit de propriété, ce qui caractérise son usage régulier, c'est l'intérêt sérieux et

(1) Colmar, 2 mai 1855 (D. P. 1856.2.9).

légitime et c'est l'utilité personnelle : ce qu'on demande au propriétaire foncier, c'est d'agir dans son propre intérêt, sérieusement, légitimement compris ; c'est donc, non pas exclusivement mais notamment, de ne pas être guidé par l'intention de nuire, par l'esprit de malveillance (1).

Les formules si heureuses de l'arrêt de la cour de Colmar se retrouvent dans un jugement du tribunal civil de Sedan, intervenu à l'occasion de faits analogues à ceux que nous venons de relater, avec cette différence, bien secondaire, que l'ouvrage effectué « dans un but de taquinerie », consistait cette fois dans une cloison pleine en planches, édifiée par un propriétaire sur son fonds, à une faible distance de la ligne séparative des deux propriétés contiguës et sans qu'elle présentât pour lui d'autre avantage que celui de gêner et de brimer le voisin qui en obtint la démolition, par application de la règle *malitiis non est indulgendum* et de l'article 1382 du code civil. Nous ne ferons que renvoyer, pour plus de détails, à la lecture de ce jugement qui se réfère à la notion de l'*intérêt sérieux et légitime*, précédemment dégagée par la cour de Colmar (2).

Plus récemment encore, et à propos d'une espèce relevant de l'actualité, le tribunal civil de Compiègne, la cour d'Amiens et la chambre des requêtes ont eu successivement l'occasion de rappeler et de consacrer les mêmes principes. Un propriétaire foncier, voisin d'un hangar dans lequel un constructeur de dirigeables remisait ses appareils, avait édifié sur son terrain d'immenses carcasses en bois, hautes comme des maisons et surmontées de tiges de fer aux pointes acérées. Nul doute que cette organisation redoutable ne tendît, dans l'esprit de son auteur, à mettre à mal les dirigeables dont les enve-

(1) Comp. Trib. Bruxelles, 24 nov. 1880 (*Journ. des trib.*, 1880, col. 1562). Dans cette décision, intervenue à l'occasion de constructions effectuées par un propriétaire, il est dit qu'on peut « en usant de son droit causer impunément un dommage à autrui, à moins qu'on ne le fasse méchamment et à dessein de nuire... ».

(2) Trib. civ. Sedan, 17 déc. 1901 (S. 1904.2.217, note G. APPERT).

loppes risquaient fort d'être déchirées au cours d'une évolution ; et il arriva effectivement que l'un des appareils fut victime d'un accident de ce genre alors qu'il accomplissait un essai préalable à sa livraison au ministère de la Guerre ; d'où plainte du constructeur qui réclamait au propriétaire foncier et des dommages-intérêts et la suppression des ouvrages menaçants. Vainement le défendeur objecta-t-il que l'article 544 du code civil lui conférait le droit de jouir de sa chose de la manière la plus absolue et que l'article 552 l'autorisait à effectuer toutes constructions qu'il jugerait à propos ; les trois juridictions déclarèrent successivement, et sur tous les tons, qu'en réalité le droit de propriété, prérogative sociale, ne saurait être exercé que socialement et non point dans l'intention de nuire à autrui. Or, dans l'espèce, l'existence d'une pareille intention ne pouvait faire aucun doute : elle ressortait soit des rapports tendus qui existaient entre les deux adversaires, soit de la date et du prix d'acquisition du terrain par le défendeur, soit enfin et surtout de l'inutilité, voire même de la gêne que présentaient pour lui les édifices extraordinaires qu'il avait construits sur un terrain laissé en friche. C'était donc bien un abus de son droit qu'il avait commis, et dont sa victime pouvait lui demander compte et à raison duquel elle obtint, outre la démolition d'une partie des ouvrages, des dommages-intérêts (1).

23. — L'affaire semblait ainsi se présenter sous le même aspect que celle qui, plus d'un demi-siècle auparavant, avait été déférée à la cour de Colmar ou celle sur laquelle le tribunal de Sedan avait statué en 1901 ; cependant, une nuance assez importante doit être signalée : tandis que les constructeurs de la fausse cheminée et de la cloison avaient agi par pure malveillance, il semble bien que l'ennemi des dirigeables poursuivît un but moins purement passionnel et plutôt lucratif ; il

(1) Trib. civ. Compiègne, 19 févr. 1913 (D. P. 1913.2.177, note L. Josserand) ; Amiens, 12 nov. 1913 et Req. 3 août 1915 (D. P. 1917.1.79). Cette affaire célèbre est celle dite des *Clément-Bayard*.

avait sans doute l'espoir de rendre la situation intenable pour son voisin et de le placer ainsi dans la nécessité de se rendre acquéreur, au prix fort, de la parcelle de terrain si étrangement fortifiée ; son but était de se rendre indésirable ; en d'autres termes, l'intention de nuire représentait ici, non pas toute la mentalité de l'agent, mais seulement un des éléments de cette mentalité ; la réalisation du préjudice n'était pas un but mais seulement un moyen de pression employé en vue d'une fin plus lointaine. Cependant, il est à remarquer que la chambre des requêtes, comme le tribunal de Compiègne avant elle, ne font état, dans les motifs de leurs décisions, que de la seule intention de nuire, au lieu que la cour d'Amiens, envisageant l'hypothèse du calcul intéressé telle qu'elle avait d'ailleurs été produite par le propriétaire, répond que « s'il est loisible au propriétaire d'un fonds de chercher à en tirer le meilleur parti possible, et si la spéculation est par elle-même et en elle-même un acte parfaitement licite, ce n'est qu'à la condition que les moyens employés pour la réaliser ne soient pas, comme en l'espèce, illégitimes et employés exclusivement pour une intention malicieuse. » Au reste, le tribunal de Compiègne avait lui-même paré implicitement la riposte du défendeur en proclamant, sous une forme générale, que le titulaire d'un droit ne peut pas l'exercer « en vue d'un but autre que celui pour lequel il lui a été reconnu par le législateur, notamment en vue de causer un préjudice à autrui ». De toute façon, l'acte était donc antisocial et abusif, que l'intention de nuire eût été la cause première et exclusive ou bien seulement la cause seconde du dommage réalisé ; une telle intention ne saurait trouver place dans la genèse de l'exercice d'un droit, quand bien même cette genèse, à double détente, comporterait un autre facteur, licite et correct en soi ; la malveillance vicie tout : *fraus omnia corrumpit* (1).

(1) V. cependant : RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, nº 98. L'auteur suppose que l'acte dommageable a une double cause dont une seule est illicite et il se demande, paraissant pencher

24. — II. — *Abus commis par un propriétaire dans l'utilisation du tréfonds*. — La domination du tréfonds est consacrée, au profit du propriétaire foncier, par les textes mêmes qui lui confèrent celle du domaine aérien (1) : l'article 552 du Code civil, dans son troisième alinéa, l'autorise à « faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos... ». Il peut donc procéder à des travaux de forage, tout en restant dans la plénitude de son droit et quand bien même les travaux effectués auraient pour résultat « de couper les veines qui alimentent une source jaillissant dans un héritage voisin (2) ».

Mais, dans cette direction comme dans la précédente, ses prérogatives comportent une frontière subjective représentée par la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime ; en dehors de la poursuite de cette satisfaction, il n'est point de sécurité pour lui ; sa responsabilité risquerait d'être engagée s'il faisait de son droit un usage illégitime et notamment s'il le réalisait dans le but de nuire à autrui.

C'est à la lueur de ces directives que fut résolue par la cour de Lyon, en 1856, l'affaire des sources de Saint-Galmier. Le propriétaire d'un des fonds d'émergence avait fait adapter au puits de sa source une pompe dont le jeu continu avait déterminé une diminution des deux tiers dans le rendement d'une autre source qui jaillissait sur un fonds contigu. L'intention malicieuse était suffisamment révélée par ce fait que le propriétaire de la pompe n'utilisait en aucune façon le surcroît d'eau minérale obtenu grâce à cette installation et qui allait se perdre dans une rivière voisine, sans profit pour lui. Actionné en responsabilité, il se retrancha derrière l'article 544 du Code civil qui proclame le caractère absolu du droit de propriété, ainsi que derrière la règle *nemo injuria facit qui jure suo utitur*. Mais la cour de Lyon, après le tribunal, rétorqua que « le droit

pour l'affirmative, s'il ne faut pas admettre qu'un seul motif licite suffit à justifier l'exercice du droit.

(1) C. civ. art. 544 et 552.

(2) Req. 16 juin 1913 (S. 1914.1.266).

du propriétaire trouve nécessairement une limite dans l'obligation de laisser le voisin jouir aussi de sa propriété », et que « le pouvoir d'abuser de sa chose ne peut servir à colorer un acte qui, inspiré exclusivement par l'envie de nuire, prend... le caractère d'une entreprise sur le fonds voisin... » ; et la cour, rappelant la maxime *malitiis non est indulgendum* et faisant intervenir la disposition de l'article 1382 du Code civil, confirma la condamnation à des dommages-intérêts qui avait été prononcée par le tribunal contre le propriétaire malicieux, mais en écartant cependant la satisfaction en nature qui avait été accordée à la victime par les juges de première instance sous la forme d'une limitation apportée au nombre des robinets et de la confection de divers ouvrages destinés à prévenir le renouvellement du dommage. Cette réserve, sur la valeur de laquelle nous nous expliquerons plus tard, n'intéressait que les voies et moyens, la nature de la sanction à appliquer ; le tribunal et la cour se trouvèrent au contraire parfaitement d'accord sur la nécessité d'une sanction comme sur l'origine de la responsabilité qu'ils rattachaient à l'article 1382 du Code civil et à la théorie de l'abus (1).

Cet accord se retrouva, bien plus tard et toujours à propos des sources de Saint-Galmier, entre le tribunal civil de Saint-Etienne, la cour de Lyon et la Cour de cassation. Cette fois encore, il s'agissait de travaux tendant à l'épuisement systématique des eaux d'un puits et causant un grave préjudice aux sources voisines dont le débit et la minéralisation étaient diminués dans de grandes proportions. Cependant, ces opérations, envisagées en elles-mêmes, n'étaient pas constitutives de l'abus du droit de propriété ; encore fallait-il établir à cet effet, comme le constate le tribunal dans son jugement, que l'auteur des fouilles les pratiquait en connaissance de cause, c'est-à-dire en sachant d'une part qu'elles ne pouvaient lui être d'aucun profit, d'autre part qu'elles nuisaient à ses voi-

(1) Lyon, 18 avr. 1856 (D. P. 1856.2.199).

sins ; or, il avait été précisément renseigné dans cette double direction par les rapports d'experts que le tribunal avait désignés pour élucider notamment le premier point ; il ne pouvait donc alléguer aucune raison valable pour persister dans son attitude et pour prolonger un état de choses préjudiciable à autrui et sans aucun avantage pour lui ; désormais éclairé sur la situation, il portait volontairement atteinte aux droits de ses voisins, sans qu'une telle entreprise pût trouver la moindre justification dans la conservation de ses intérêts personnels ; c'est pourquoi le tribunal le déclara responsable des dommages causés, mais seulement, ce qui est essentiel, à partir du jour où sa religion avait été éclairée officiellement, c'est-à-dire à compter du jour de la notification du rapport des experts. Sur appel, cette décision fut confirmée purement et simplement par la cour de Lyon dont l'arrêt fut approuvé ensuite par la chambre des requêtes qui retint, pour écarter le pourvoi, trois ordres de considérations : 1° les travaux de forage étaient préjudiciables aux sources voisines ; 2° ils étaient sans utilité pour le propriétaire qui y procédait ; 3° depuis la notification officielle du rapport des experts, ce propriétaire agissait en pleine connaissance de cause et causait donc volontairement et sans profit pour lui-même un grave préjudice à autrui. De même que le tribunal et la cour d'appel, la Cour de cassation place donc en pleine lumière le caractère conscient et subjectif de l'abus du droit de propriété (1).

25. — III. — *Abus commis par un propriétaire dans l'utilisation de la surface de son fonds.* — Cette rubrique vise pratiquement les actes bruyants, les tapages organisés par un propriétaire sur son fonds et dont on se demande s'ils peuvent être l'occasion d'une responsabilité que les voisins incommodés ont parfois prétendu mettre en œuvre.

Ici encore, il y a lieu de distinguer deux sortes de limita-

(1) Req. 10 juin 1902 (D. P. 1902.1.454 ; S. 1903.1.11).

tions apportées aux prérogatives du propriétaire foncier, les unes qui sont objectives, quantitatives, les autres qui sont d'ordre subjectif et qui se rattachent au concept de l'abus.

Les premières sont tirées de l'excès même du bruit et de la notion bien connue des obligations ordinaires du voisinage (1) : l'auteur des travaux ou des exercices bruyants doit indemniser les voisins du dommage qu'il leur cause et quand bien même il le leur causerait de façon irréprochable, en exerçant correctement une profession licite, voire même une profession d'intérêt public ; créateur d'un risque exceptionnel, il doit en supporter la définitive incidence, de préférence aux tiers qui n'ont pas à en pâtir puisqu'ils n'ont aucunement contribué soit à sa détermination soit à sa réalisation (2).

Les limitations d'ordre subjectif sont au contraire tirées de l'état d'esprit de l'agent, du mobile qui a pu l'inciter à se livrer à des manifestations bruyantes ; suivant que ce mobile sera correct ou répréhensible, sa responsabilité sera couverte ou engagée ; elle entrera en jeu notamment s'il a été guidé par l'intention de nuire à son voisin, par exemple s'il a organisé un tapage assourdissant dans le but d'effrayer le gibier et de rendre ainsi infructueuse la chasse projetée sur le fonds contigu ; il sera alors passible de dommages-intérêts que les juges alloueront à sa victime, mais en ayant soin de relever le caractère vexatoire ou évidemment injurieux des manœuvres pratiquées à son détriment (3). Si l'organisateur du tapage poursuivait au contraire une fin légitime, si, par exemple, il se proposait pour but de retenir le gibier sur son propre terrain, il échapperait alors à toute responsabilité (4). Le problème se

(1) *Suprà*, nº 16 et M. PICARD, *op. cit.*, nºs 460 et s.

(2) Metz, 25 août 1863 (D. P. 1864.2.111) ; Dijon, 10 mars 1865 (D. P. 1865.2.144) ; Req. 24 avr. 1865 (D. P. 1866.1.35) ; Orléans, 22 nov.1889 (D. P. 1891.2.120); Trib. civ. Tours, 25 mars 1904 (D. P. 1905.2.199) ; Comp. Req. 5 déc. 1904 (D. P. 1905.1.77).

(3) Paris, 2 déc. 1871 (D. P. 1873.2.185) ; Amiens, 7 févr. 1912 (D. P. 1913.2.177, note L. JOSSERAND) ; Trib. civ. Saint-Omer, 26 mars 1925 (*Rec. des sommaires*, 1925, nº 2779).

(4) V. les décisions citées à la note précédente.

présente donc, comme pour l'utilisation du domaine aérien et pour celle du tréfonds, sous le double aspect d'un problème de moralité de l'agent et de finalité des droits.

26. — *Récapitulation*. — Si nous voulons résumer et caractériser la jurisprudence que nous venons d'analyser, nous aboutissons à distinguer trois catégories d'actes par lesquels un propriétaire, et notamment un propriétaire foncier, peut engager sa responsabilité : les actes *illégaux* ; les actes *fautifs*, lesquels correspondent, sinon absolument, du moins pour majeure partie aux actes abusifs ; enfin les actes *excessifs*.

1° Les actes *illégaux* : ce sont ceux qui sont accomplis en violation d'une disposition législative ou réglementaire ; en y procédant, le propriétaire a dépassé les limites objectives de son droit ; par exemple, il a construit ou planté sur le terrain de son voisin, ou encore sur son propre sol mais sans observer les distances réglementaires. Sa responsabilité est alors engagée par cela même, objectivement, quelle qu'ait été la pureté de ses intentions, et sans même que le demandeur ait à faire la preuve d'un préjudice ; de toute façon, la situation établie contrairement au droit, sans droit, devra prendre fin ; par exemple, les ouvertures indûment pratiquées dans un mur devront être fermées ; les arbres, les branches ou les racines qui empiètent sur le fonds voisin devront être abattus ou coupés.

2° Les actes *fautifs*, et, plus spécialement, les actes injustifiés ou *abusifs* : le propriétaire a exercé une prérogative qui lui appartenait ; il n'en a pas dépassé les limites objectives ; c'est bien sur son fonds qu'il a bâti ou qu'il a creusé. L'acte est donc légal, il est irréprochable si on l'envisage intrinsèquement, en le détachant de la volonté qui l'a réalisé, des mobiles qui l'ont déterminé. Mais le juge a le devoir de remonter jusqu'à ces mobiles ; s'ils sont répréhensibles, s'ils contredisent la finalité du droit, et par exemple s'ils sont malicieux, la responsabilité du propriétaire pourra être engagée pour

cause d'abus : responsabilité subjective ou, plus exactement, responsabilité mixte puisqu'elle se déduit à la fois de la destination sociale du droit et de la mentalité du titulaire, celle-ci ne cadrant plus avec celle-là ; et responsabilité subordonnée à l'existence d'un préjudice dont la preuve incombera au demandeur en indemnité.

3° Les actes *excessifs* : ce sont ceux qui, accomplis en vertu d'un droit incontestable et dans un but légitime, sont cependant de nature à causer à autrui un préjudice excessif ; constitutifs de risques, ils font peser sur leur auteur une responsabilité, objective comme celle qui est attachée aux actes de la première catégorie, mais avec cette différence que la réalisation en est subordonnée à l'existence et à la preuve d'un préjudice, et même d'un préjudice excessif au point d'être injuste, comme si un industriel compromet les récoltes avoisinantes par les fumées et les gaz qui se dégagent des cheminées de son usine.

Les actes de la première espèce sont incorrects intrinsèquement, en eux-mêmes ; ceux de la deuxième le deviennent par leur genèse parce que leur auteur les a accomplis sans motif légitime, donc contrairement à l'esprit de l'institution ; ceux de la troisième deviennent productifs de responsabilité, non par eux-mêmes, mais par les conséquences matérielles auxquelles ils aboutissent.

Seuls, les actes rentrant dans la deuxième catégorie sont ou peuvent être constitutifs de l'abus du droit de propriété.

27. — *Critère de l'abus du droit de propriété.* — Dans l'état actuel de la jurisprudence, ce critère nous est donné par la notion de l'*intérêt sérieux et légitime* ; la destinée de la propriété individuelle, du moins si l'on ne pénètre pas jusqu'à ses fins ultimes et profondes, est de satisfaire aux intérêts de son titulaire ; en pareille matière, et lorsqu'il s'agit d'exercer une prérogative à ressort égoïste, l'égoïsme est de rigueur ; il devient une vertu. Toutefois, encore faut-il que cet égoïsme

se satisfasse conformément à la morale sociale et de façon légitime, sinon la responsabilité du propriétaire sera engagée, du moins à supposer que son intervention ait causé un préjudice à un tiers.

Il résulte de là que ce n'est pas exclusivement l'intention de nuire qui est constitutive de l'abus du droit de propriété (1), certains actes seront considérés comme abusifs, donc générateurs de responsabilité, encore qu'ils ne procèdent pas exclusivement d'une intention malveillante et que leur auteur recherche en même temps, voire même essentiellement, la réalisation d'un profit personnel (2).

1° Nous avons rencontré une application de ce principe dans les décisions qui sont intervenues à propos de l'affaire des Clément-Bayard ; le propriétaire foncier, qui avait édifié des ouvrages offensifs de grand style, se proposait, en fin de compte, moins de nuire à son voisin que de lui forcer la main en l'obligeant à se rendre acquéreur, au prix fort, de la parcelle fortifiée : manœuvre dolosive, spéculation illicite qui allait à l'encontre de la finalité du droit de propriété. Ce propriétaire avait bien en vue la satisfaction d'un intérêt personnel, mais non d'un intérêt sérieux et légitime (3).

2° La jurisprudence française, et plus encore la jurisprudence belge ont eu à apprécier la qualité de l'acte accompli par un propriétaire qui, ayant eu à choisir entre plusieurs manières d'exercer son droit, avait opté pour celle qui était de nature à causer à un tiers le plus grave préjudice ; et elles ont décidé constamment qu'en pareil cas, du moins si l'option avait eu lieu de propos délibéré, en pleine connaissance de cause, le droit présentait un caractère abusif. Il y a lieu de signaler, dans cet ordre d'idées et dans ce sens, un jugement intéressant du tribunal civil de Draguignan qui, à propos

(1) V. H. et L. MAZEAUD, t. I, nos 568 et s.

(2) DEMOLOMBE note que tel était déjà le point de vue du droit romain, au moins dans son dernier état : « *Expedit rei publicae ne sua re quis male utatur* » (*Cours de Code Napoléon*, t. IX, n° 545).

(3) *Suprà*, nos 22 et 23.

de l'exploitation d'une minière de bauxite, a proclamé que « si, en règle générale, il n'y a pas acte illicite, délit, ni, par conséquent, responsabilité encourue de la part de celui qui cause à autrui un dommage en usant de sa chose suivant sa destination, il y a véritablement faute, dans le sens de l'article 1382 du code civil, de la part de celui qui, ayant plusieurs manières d'exercer son droit, aurait choisi, sans nécessité et dans le dessein manifeste de nuire, celle qui peut être préjudiciable à autrui... » (1).

28. — Cette directive a inspiré les nombreuses décisions qui, depuis quelques années, sont intervenues en matière de radiodiffusion et en vue de protéger l'utilisation des appareils radiophoniques, menacée par le fonctionnement soit d'un phonographe électrique (2), soit d'un appareil de radiothermie (3), soit encore d'une enseigne lumineuse (4) ; le propriétaire de ces installations doit prendre telles mesures efficaces pour réduire au strict minimum la gêne causée par les ondes parasitaires aux postes de T. S. F. situés dans le voisinage, sans quoi il commet une faute de nature à engager éventuellement sa responsabilité ; il mésuse de son droit du moment qu'il l'exerce, non pas prudemment, raisonnablement, avec le souci de ne pas nuire à autrui, mais en faisant preuve d'incurie et de sans-gêne ; il ne lui suffit même pas d'être timide et discret ; on veut qu'il soit avisé et actuel, qu'il dote son appareil de tous les perfectionnements suggérés par la science et par la technique ; l'abstention est une faute (5) la routine devient pour lui le commencement de la responsabilité, tandis que le modernisme est le commencement de la sagesse et de l'immunité ; il est constitué en état de faute par cela seul

(1) Trib. civ. Draguignan, 17 mai 1910 (D. P. 1911.2.133). Comp. Req. 23 mars 1927 (D. P. 1928.1.73, et la note de M. SAVATIER).
(2) Douai, 1er déc. 1930 (*Gaz. trib.*, 24 févr. 1931).
(3) Civ. 29 mai 1937, D. H. 1937.393.
(4) Trib. com. Seine, 14 nov. 1933, S. 1934.2.23.
(5) Sur la *faute d'abstention*, V. H. et L. MAZEAUD, t. I, nos 524 et s.

qu'il ne se conforme pas au progrès (1), car, du même coup, il choisit, entre plusieurs modes d'utilisation de sa chose, celui qui, sans profit pour lui-même, est susceptible cependant de préjudicier à autrui : l'erreur économique dans laquelle il tombe ainsi est constitutive d'une faute dans l'exercice de son droit, d'un abus de droit.

Quant à la jurisprudence *belge* (2), elle s'est prononcée dans le même sens et à maintes reprises, notamment à l'occasion du droit, pour le propriétaire foncier, d'élever des constructions : si les travaux ont été effectués intempestivement, à un endroit (3) ou à une époque (4) ou par des procédés (5) particulièrement mal choisis pour les voisins et qui ne s'imposaient pas, les tiers lésés par cette réalisation fautive sont fondés à s'en plaindre ; car, comme le déclare la Cour de cassation de Belgique, « ... entre différentes façons d'exercer son droit avec la même utilité, il n'est pas permis de choisir celle qui sera dommageable pour autrui. » (6)

Or, il est évident que, dans les éventualités de ce genre, l'intention de nuire ne constitue pas le mobile exclusif de l'acte, mais seulement une des modalités de sa genèse. Le propriétaire était bien décidé à exécuter les travaux qui présentaient pour lui de l'utilité et qui même pouvaient avoir un caractère d'urgence ; seulement, il a mal choisi son moment ou ses moyens d'action, et cela en connaissance de cause, et sans profit pour lui-même ; cette intrusion de l'inopportunité, du « sans-gêne » inutile, ce défaut de technicité dans la réalisation du droit, suffisent à constituer l'abus de la propriété et à engager la responsabilité, aux termes de l'article 1382 du code civil, de celui qui s'en est rendu coupable.

(1) V. P. DE HARVEN, *Est en faute celui qui ne se conforme pas au progrès*, dans la *Rev. gén. belge ass. et resp.*, janv. 1930.
(2) V., sur cette jurisprudence, CAMPION, *La théorie de l'abus des droits*, nº 54.
(3) T. de P. Arlon, 20 janv. 1883 (*Pasic.*, 1884.3.228).
(4) Gand, 28 janv. 1901 (*Pasic.*, 1901.2.245).
(5) Bruxelles, 18 juill. 1913 (*Belg. judic.*, 1913, col. 1181).
(6) Cass. belge, 12 juill. 1917 (*Pasic.*, 1917.1.65).

3° Le législateur français est entré dans ces vues à maintes reprises, mais notamment lorsque les pouvoirs publics, par un décret du 1er décembre 1933, rendu en exécution de l'article 114 de la loi de finances du 31 mai 1933, ont enjoint aux constructeurs, exploitants, revendeurs et détenteurs d'installations ou d'appareils électriques, de les pourvoir de dispositifs en vue de protéger la réception des émissions de radiodiffusion contre les troubles parasites qu'ils provoquent (1) ; dès lors, le quasi délit commis par l'auteur du dommage se trouvait spécialisé et la victime puisait le principe de son action, non plus seulement dans la règle générale des articles 1382 et 1383 du Code civil, mais dans des dispositions établies en vue du but précis à atteindre, *secundum subjectam materiam* ; le non-conformisme à la grande loi du progrès devient un délit nommé, prévu et sanctionné par une disposition réglementaire, elle-même intervenue en exécution d'un texte législatif.

29. — 4° *Les propriétés à intérêt commun.* — Il arrive parfois que la notion de l'intérêt légitime se trouve précisée et limitée à raison de la nature de la propriété, de sa configuration juridique, de son objet.

Il existe, en effet, des propriétés dont l'utilisation est susceptible d'intéresser directement, non pas seulement le titulaire, mais aussi d'autres personnes qui ont des droits égaux ou rivaux ; nous les appellerons les *propriétés à intérêt commun*. Le ressort en est moins égoïste que celui de la propriété individuelle ordinaire ; l'intérêt légitime, qui reste la pierre de touche de la correction des actes accomplis par le titulaire, s'apprécie en fonction de la destination commune de la chose par quoi il est conditionné et spécialisé. Ainsi en est-il de la propriété des lettres missives et de la copropriété.

(1) V. M. BERTHIER, *La lutte juridique contre les perturbations radioélectriques en matière de radiodiffusion*, thèse, Lyon, 1935.

30. — Les *lettres missives* (1) nous fournissent l'exemple d'une propriété individuelle et intéressant cependant, à des titres différents, deux ou plusieurs personnes, expéditeur, destinataire et certains tiers. On sait qu'une jurisprudence solidement établie attribue cette propriété au destinataire dès l'instant de la réception (2) ; mais les droits qui lui appartiennent en cette qualité sont sensiblement inférieurs à ceux qui compètent au propriétaire d'un bien matériel quelconque, limités qu'ils sont par les droits également respectables soit de l'expéditeur, soit peut-être des tiers visés dans la correspondance ; pour les déterminer, les tribunaux procèdent à un dosage savant ; ils tiennent compte d'une infinité de nuances, soit du caractère de la lettre qui peut être plus ou moins confidentielle (3), soit des circonstances dans lesquelles elle est utilisée (4), soit aussi des mobiles qui incitent son détenteur à en tirer parti, notamment en la divulguant. Or, toutes ces distinctions et toutes ces nuances, parfois subtiles et ténues, mais toujours équitables et rationnelles, sont établies en fonction de la destination de la lettre missive, destination essentiellement variable et plus ou moins collective ; et l'on peut dire que la préoccupation essentielle de notre jurisprudence, telle qu'elle se traduit dans le fond même de ses déci-

(1) Cons., sur les *Lettres missives* les traités classiques de GÉNY et de VALÉRY ; Comp. Maurice PICARD, *Les biens*, nos 580 et s. (*Traité pratique* de PLANIOL et RIPERT).

(2) Req. 9 févr. 1881 (D. P 1882.1.73 ; S. 1881.1.193, note LABBÉ); Toulouse, 10 juin 1909, sous Cass. 24 oct. 1910 (S. 1913.1.437) ; Montpellier, 21 juin 1928 (D. H. 1928.552) ; Trib. civ. Seine, 27 nov. 1928 (D. H. 1928.616).

(3) La question de savoir si une lettre est confidentielle, et dans quelle mesure, est elle-même une question de fait qui doit être résolue à l'occasion de chaque espèce, par les juges du fond. Req. 5 févr. 1900 (S. 1901.1.17) ; 20 oct. 1908 (S. 1909.1.253). V. GÉNY, *op. cit.*, t. I, nos 81 et s.

(4) Comme le remarque M. GÉNY (*op. cit.*, t. I, no 83), « il y a des degrés, des variations, des nuances, dans la confidentialité même... », et « on conçoit, par exemple, que telle lettre, qui demande le secret à l'égard de l'un, ne l'exige pas à l'égard de tel autre et que certaines correspondances puissent être communiquées à la famille ou aux amis sans comporter une divulgation en justice ».

sions et aussi dans leur forme (1) est d'éviter les abus de droit en faisant intervenir la notion de l'intérêt sérieux et légitime ; c'est ainsi qu'une lettre confidentielle ne saurait être divulguée impunément, fût-ce au cours d'une instance (2), à moins cependant que la divulgation n'en soit rendue légitime par les circonstances dans lesquelles elle intervient, notamment lorsqu'il s'agit d'étayer une demande en séparation de corps ou en divorce (3) ou d'établir la simulation d'un acte (4) ; et encore, notre jurisprudence n'admet-elle pas, même en cette occurence, la production d'une correspondance que le plaideur se serait procurée par des procédés illicites ou déloyaux (5), en sorte que l'intérêt même de la vérité judiciaire ne confère pas à la propriété des lettres missives une complète plénitude : même en ce cas extrême, la fin ne justifie pas tous les moyens. Toute cette jurisprudence, heureusement et équitablement constituée, s'éclaire lumineusement du moment qu'on l'envisage sous l'angle de l'abus du droit de propriété et à l'aide du concept de l'intérêt légitime ; le destinataire, propriétaire de la lettre, peut l'utiliser impunément dans la mesure et uniquement pour cause d'un intérêt légitime qui est apprécié, non seulement par rapport à lui, mais eu égard à tous les ayants droit, et qui est donc un *intérêt légitime commun*.

31. — La *copropriété* est l'exemple le plus typique de cette adaptation de l'intérêt légitime à un idéal collectif. Il se dégage de la communauté de tenure une communauté de but et d'utilisation qui vient limiter à la fois et harmoniser le pou-

(1) Nombreuses sont les décisions qui s'en réfèrent littéralement à la notion de l'abus. V. entre autres : Req. 5 févr. 1900 (D. P. 1901.1.45) ; Caen, 5 févr. 1898 (D. P. 1899.2.2).

(2) Req. 5 mai 1897 (S. 1901.1.454). Il en irait autrement si les plaideurs tombaient d'accord sur l'opportunité de la production de la lettre confidentielle.

(3) Civ. 15 juill. 1885 (D. P. 1886.1.145) ; Req. 5 mars 1918 (S. 1918-1919.1.175).

(4) Req. 5 mai 1897.

(5) Civ. 15 juillet 1885, arrêt précité ; Req. 5 févr. 1900, arrêt précité ; 5 mars 1918, précité, *motifs*.

voir d'action des communistes ; la chose qui appartient à plusieurs personnes, avec ou sans indivision, peut être utilisée par chacun des copropriétaires, mais à la condition que soit respectée sa commune destination, telle qu'elle est fixée par la loi, par l'usage ou par la convention, et qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits égaux des autres communistes. Telle est la règle établie, pour la société, par l'article 1859-2° du code civil (1), et, comme on l'a remarqué justement, il convient de l'étendre à la simple indivision, car elle ne dérive pas de l'*affectus societatis* ; « elle ne fait que reconnaître le droit qui appartient à tout copropriétaire de se servir de la chose commune, du moment qu'il en use dans les limites ci-dessus énoncées ». (2) La jurisprudence de la Cour de cassation a été fermement fixée en ce sens, notamment par les arrêts du 28 février 1894 et du 13 mars 1934, aux termes desquels le droit de chacun des copropriétaires « consiste à user librement de la chose commune à la condition de n'en pas changer la destination sans le consentement unanime de tous les copropriétaires, et de ne causer ni dommage, ni trouble à la possession d'aucun d'eux », solution découlant logiquement de ce postulat que chaque communiste a, sur la chose, « un droit égal et réciproque » (3).

Plus récemment, la chambre civile a eu l'occasion d'affermir encore sa jurisprudence en proclamant que « chacun des propriétaires par indivis d'une chose commune a sur elle un droit complet qui n'a pour limites que le droit égal de chacun des autres communistes » ; et que « ce droit... consiste à user librement de la chose commune, à la condition de n'en pas changer la destination sans le consentement unanime de tous

(1) Aux termes de cette disposition, « chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit ».

(2) CAPITANT, *L'indivision héréditaire*, p. 20.

(3) V. Civ. 28 févr. 1894 (D. P. 1894.1.253) ; Req. 13 mars 1934 (D. H. 1934.268 ; S. 1934.1.148).

les copropriétaires et de ne causer ni dommage ni trouble à la possession d'aucun d'eux ». (1)

Par application de ces directives, il est loisible aux copropriétaires d'exercer les droits de chasse et de pêche, comme d'utiliser un passage indivis destiné à desservir plusieurs maisons, mais à la condition de respecter la destination de cette voie de communication qu'il leur est interdit d'obstruer en y déposant des matériaux (2) ou en installant un tuyau de tout-à-l'égoût (3). Une cour commune entre les propriétaires de plusieurs maisons pourra être utilisée, suivant les cas, pour prendre de la lumière, pour servir de passage à des véhicules ou pour assurer l'écoulement des eaux pluviales ou ménagères, mais non pas pour recevoir des entrepôts permanents et spécialement des dépôts d'immondices qui constitueraient une gêne et une incommodité inconciliables avec la destination commune de la chose ; une ruelle commune, destinée à assurer la circulation, ne pourrait pas être encombrée du fait de l'un des copropriétaires qui y établirait un dépôt de pierres (4) ou qui y ferait stationner des voitures (5). Celui-là détournerait la chose de sa véritable destination ; il la ferait servir à la satisfaction d'un intérêt autre que l'intérêt légitime commun ; il commettrait un abus de son droit.

32. — On voit par là combien est souple et nuancée cette notion de l'intérêt légitime qui constitue la pierre de touche de la moralité, de la valeur sociale des actes accomplis par le propriétaire.

On voit aussi combien importante et efficiente est l'œuvre jurisprudentielle en matière d'abus du droit de propriété : le législateur de 1804, dominé par l'esprit individualiste de la Révolution, avait proclamé le caractère souverain de ce droit ;

(1) Civ. 10 mai 1937 (S. 1937.1.191).
(2) Pau, 5 mai 1890 (D. P. 1891.2.213).
(3) Req. arrêt précité, 13 mars 1934.
(4) Bordeaux, 17 juill. 1889 (D. P. 1890.2.142).
(5) Grenoble, 28 nov. 1868 (S. 1869.2.252).

il en avait donné, dans l'article 544 du code civil, une définition qui, suivant la juste remarque de G. Cornil, « est empreinte d'un individualisme outré » (1). Mais les réalités et les faits sont plus forts que les définitions et les systèmes : cette fonction sociale de la propriété que le code civil avait laissée dans l'ombre, notre jurisprudence a su la retrouver et la rejoindre en faisant appel au concept de l'abus ; elle a *causé* ce droit prétendûment absolu et souverain ; elle en a fait le centre d'obligations positives qui incombent, de plus en plus nombreuses, à son titulaire ; elle l'a assoupli et socialisé en lui attribuant une finalité propre, en fonction du milieu dans lequel il est appelé à se réaliser et en considération de l'objet sur lequel il porte.

A ce dernier propos, on notera que les efforts des pouvoirs publics ónt porté, sinon exclusivement, du moins principalement sur la propriété foncière : l'immense majorité des décisions intervenues visent l'abus des prérogatives qui appartiennent au propriétaire d'un terrain ou d'un bâtiment et l'on a quelque peine à en découvrir qui se rapportent à des biens mobiliers : c'est que la propriété mobilière n'a pas la même fonction sociale à remplir que la richesse immobilière ; elle a un caractère plus fugitif et plus strictement individuel ; elle demeure attachée à la personne « *mobilia personæ inhærent* » ; c'est aussi que son utilisation est plus rarement l'occasion d'un préjudice pour les tiers : or, nous savons déjà et nous exposerons plus longuement que l'abus d'un droit n'existe pratiquement et n'engage la responsabilité de l'agent qu'autant qu'il a été productif d'un dommage : « sans intérêt pas d'action » (2). C'est pour cette double raison que l'abus du droit de propriété mobilière se présente rarement dans la pratique ; mais il est cependant des meubles dont l'utilisation se présente sous un angle social et peut causer un préjudice à autrui, tels les lettres missives et les appareils émetteurs

(1) G. Cornil, *op. cit.*, p. 99.
(2) *Infrà*, nos 260 et s. ; 315 et s.

d'ondes ; ils ont fourni effectivement à notre jurisprudence l'occasion d'affirmer la relativité des droits du destinataire ou de l'utilisateur de l'appareil, et de faire en conséquence appel au concept général de l'abus pour maintenir la réalisation de leurs droits sur le plan social.

CHAPITRE II

LES SÛRETÉS

I. — L'HYPOTHÈQUE.

33. — L'hypothèque constitue, comme la propriété elle-même, un droit à ressort et à finalité égoïstes dont la destinée est de conférer à un créancier le maximum de sécurité par l'affectation d'un bien, ordinairement immobilier, à la garantie de sa créance ; pourvu que le titulaire se conforme aux prescriptions légales et notamment aux règles de publicité et d'exécution forcée, telles qu'elles sont formulées dans le code civil et dans le code de procédure, il lui est loisible de tirer de son droit tout ce qu'il peut donner et d'en extraire, pour ainsi dire, la quintessence ; notamment, on ne saurait lui faire grief d'assurer la conservation de ses droits en procédant à l'inscription de l'hypothèque judiciaire qui résulte en sa faveur, sur les immeubles de son débiteur, d'un jugement portant condamnation ; en procédant à l'accomplissement de cette formalité, il défend un intérêt légitime et ne saurait commettre un abus de droits (1).

Cependant l'expérience a démontré, et les auteurs ont signalé depuis longtemps que cette réalisation indéfinie des attributs inhérents au droit hypothécaire était susceptible d'entraîner des résultats contraires à l'équité et que, dans ce domaine comme dans celui de la propriété foncière, le *summum*

(1) *Sic*, Civ. 7 févr. 1938 (D. H. 1938.161).

jus coïncidait parfois avec la *summa injuria*, le titulaire de l'hypothèque mettant à profit une situation exceptionnellement forte et prépondérante pour anéantir, sans intérêt avouable, les espoirs légitimes d'autres créanciers hypothécaires, moins bien armés pour la lutte.

Le plus souvent, il s'agit d'un créancier muni d'une hypothèque générale, portant sur plusieurs immeubles du débiteur, et qui prétend l'utiliser à sa guise, sur tel bien plutôt que sur tel autre, sans se soucier du préjudice que cette incidence est de nature à causer à d'autres créanciers hypothécaires postérieurs dont les droits, reposant sur une assiette moins large, sont inférieurs au sien, en étendue et en qualité ; ayant, par exemple, hypothèque sur les immeubles A et B, il entend produire dans l'ordre ouvert sur l'immeuble A, lui-même grevé d'une hypothèque spéciale postérieure en rang dont le titulaire sera sacrifié, alors qu'en concentrant son action sur l'immeuble B, libre de toute hypothèque autre que la sienne, il eût laissé à son concurrent la possibilité d'obtenir satisfaction.

Une pareille attitude est correcte, en principe ; ainsi le veut le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque (1) combiné avec la règle *prior tempore potior jure* ; du moment que le gage hypothécaire est affecté, dans sa totalité et dans chacune de ses parties, au paiement de la dette entière, le créancier, dont l'hypothèque s'étend à plusieurs immeubles, doit pouvoir choisir librement celui sur le prix duquel il entend être colloqué, et pour la totalité de son dû, sans que les créanciers postérieurs puissent exiger qu'il divise sa production. L'exactitude de ce principe est reconnue sans distinguer selon que la pluralité du gage hypothécaire tient à la généralité d'une hypothèque unique ou à l'existence de plusieurs hypothèques spéciales, ni suivant que le créancier a été investi de ses droits directement et à titre personnel ou bien seule-

(1) C. civ. art. 2114, al. 2.

ment à raison d'une subrogation, ou enfin selon que la distribution du prix fait l'objet d'ordres distincts ou bien qu'elle est effectuée au cours d'un seul et même ordre : dans toutes ces éventualités, le titulaire de l'hypothèque préférable peut réaliser et localiser son droit, de façon massive, sans égard pour les autres créanciers et sans qu'on puisse le contraindre soit à diviser ses coups en produisant dans plusieurs ordres, soit à les faire porter sur tel immeuble de préférence à tel autre (1).

34. — Mais, à défaut de limitations objectives et précises, la liberté de détermination de ce créancier comporte une frontière subjective qui lui est opposée tant par l'Ecole (2) que par le Palais et qui est représentée par la notion de l'intérêt sérieux et légitime que nous voyons réapparaître à cette occasion : d'après une jurisprudence bien établie et approuvée par les auteurs, le principe de la libre réalisation du droit hypothécaire, lui-même postulé par le caractère indivisible de ce droit, doit s'effacer devant ces postulats nécessaires : *fraus omnia corrumpit*, et *malitiis non est indulgendum* ; la faculté d'option disparaît, ou du moins elle engage la responsabilité de son bénéficiaire, lorsqu'elle est exercée frauduleusement, malicieusement, ou même, en thèse plus générale, lorsqu'elle est réalisée de telle sorte qu'elle nuise aux autres créanciers hypothécaires et sans que son titulaire puisse se réclamer d'un intérêt sérieux et légitime.

Dès 1856, nous voyons la chambre des requêtes proclamer cette vérité, à la suite de la cour de Rouen et à l'occasion d'une cession d'antériorité qui avait été « non pas dictée par

(1) V. pour ces différents points : BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *Traité du nantissement, des privilèges et hypothèques*, t. III, nos 1956 et s. ; DE LOYNES, note D. P. 1909.1.225 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XIII, *Sûretés réelles*, par BECQUÉ, nos 996 et s. ; THÉZARD, *Du nantissement des privilèges et hypothèques*, nos 222 et 223 ; A. COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE, t. II, no 1299 ; AUBRY et RAU, 5e édit., t. III, § 284, p. 675.

(2) V. DE LOYNES, note précitée au D. P. ; Maurice BERNARD, note S. 1906.1.489.

un sentiment légitime, mais inspirée uniquement par une pensée et dans un but que la justice ne peut admettre et soutenue par des moyens que réprouve l'honnêteté » (1)... « que l'honnêteté repousse » (2). En 1893, c'était au tour de la chambre civile de rappeler que le libre choix pouvait être enlevé au créancier hypothécaire lorsqu'il avait agi « frauduleusement ou sans intérêt » (3) ; deux ans après, c'est la cour de Rennes, qui résume la jurisprudence sur ce point en constatant qu'elle exige que « le créancier n'agisse pas par malice et sans cause, mais que ses agissements soient justifiés par un intérêt sérieux et légitime et maintenu dans les limites de cet intérêt (4) ». Enfin, en 1905, la chambre civile, dans un arrêt bien connu, refuse au créancier à hypothèque générale le droit de se laisser déterminer, dans son choix, par une pensée frauduleuse ou malicieuse, et lui fait un devoir d'agir « dans un intérêt légitime et sérieux », en vue de sauvegarder ses droits, et, par exemple — ce qui était le cas dans l'espèce — en vue d'assurer l'efficacité d'une autre hypothèque, celle-là spéciale, qu'il avait sur un autre immeuble du débiteur (5).

Nous voyons donc réapparaître ici, et à propos de l'exercice d'une faculté qui se présente d'abord sous un aspect discrétionnaire, le concept de l'intérêt sérieux et légitime, base à la fois et mesure de nos droits ; nous pouvons bien nuire à autrui en exerçant nos prérogatives égoïstes lorsque tel est notre légitime intérêt, mais non pas en l'absence d'un avantage correct et avouable. Nous voyons également, à cette occasion, s'affirmer à nouveau cette règle, dont l'existence a été relevée en étudiant la propriété (6), que nous engageons notre responsabilité lorsque, ayant à choisir entre plusieurs ma-

(1) Cette formule est celle que l'on trouve dans la teneur de l'arrêt de la cour de Rouen.
(2) Req. 22 avr. 1856 (D. P. 1856.1.326).
(3) Civ. 18 juill. 1893 (D. P. 1894.1.113).
(4) Rennes, 29 juill. 1895 (D. P. 1896.2.71).
(5) Civ. 9 mai 1905 (D. P. 1909.1.225, note de LOYNES ; S. 1906.1.489, note M. BERNARD).
(6) *Suprà*, nº 27.

nières d'exercer notre droit, nous optons délibérément pour celle qui, sans nous procurer un avantage particulier, présente l'inconvénient de causer à autrui un dommage qui eût été évité par une meilleure utilisation de nos pouvoirs : nous faisons alors subir à nos droits une véritable déviation ; nous en abusons.

35. — Quant à la sanction d'un abus de ce genre, les auteurs sont loin de s'entendre ; il semble qu'elle doive varier suivant les cas et en vue du but à atteindre qui est de rendre l'utilisation de l'hypothèque aussi inoffensive que possible pour les autres créanciers, dans la mesure, bien entendu, où ce résultat est compatible avec les intérêts légitimes du titulaire ; celui-ci devra donc, selon les espèces, ou bien produire exclusivement dans l'ordre ouvert ou à ouvrir pour un immeuble déterminé, libre de toute autre hypothèque, ou bien à l'inverse diviser sa demande de collocation soit pour la faire porter proportionnellement sur les prix des différents immeubles hypothéqués, soit pour assurer le paiement des créanciers les plus anciens de préférence aux créanciers de date plus récente (1) ; on lui fera ainsi violence, tantôt en le contraignant à une concentration déterminée, à une sorte de cantonnement de fait, tantôt au contraire en lui imposant une dispersion, proportionnelle ou raisonnée, de son offensive hypothécaire. Comme on l'a écrit, il appartient alors au juge « d'opérer les collocations en s'inspirant de l'équité » (2). De toute façon, le problème est de solution difficile, mais il est certainement posé au nom et sur le terrain de la théorie de l'abus du droit hypothécaire (3), comme il est résolu à l'aide de la notion de l'intérêt légitime (4).

(1) *Sic.* AUBRY et RAU, 5e édit., t. III, § 284.

(2) V. DE LOYNES, note D. P. 1909.1.225, col. 1.

(3) Dans sa note au Sirey, M. Maurice BERNARD ne croit pas que la théorie de l'abus des droits puisse donner la clef du problème, mais il reconnaît que les expressions employées par la chambre civile, dans l'arrêt qu'il commente, éveillent l'idée qu'on pourrait peut-être faire appel, pour tempérer les rigueurs des principes généraux du droit, à cette théorie qui n'avait pas encore reçu le développement dont elle a été l'objet en ces dernières années.

(4) V. AUBRY et RAU, *op. cit., loc. cit.* C'est parce que le créancier

36. — *Réduction des inscriptions hypothécaires.* — C'est encore cette même théorie, qui est au fond du système institué par le code civil, dans les articles 2161 et suivants, pour la réduction des inscriptions prises par le titulaire d'une hypothèque judiciaire ou par le titulaire d'une hypothèque légale générale. Cette réduction, dont la réalisation affecte la forme judiciaire, peut être poursuivie par le débiteur lorsque les inscriptions prises par le créancier sont excessives, au sens de l'article 2162, c'est-à-dire lorsqu'elles frappent sur plusieurs domaines alors que « la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède de plus d'un tiers en fonds libres le montant des créances en capital et accessoires légaux ». Le créancier qui avait requis ces inscriptions multiples n'avait certainement pas excédé les limites objectives de son droit ; seulement il avait dépassé celles de ses intérêts et il était donc sorti de l'esprit de l'institution ; il avait commis une faute en réalisant son droit jusqu'à l'outrance, inutilement, sans intérêt légitime ; il en avait abusé (1) ; de là la sanction adéquate qui interviendra sur la demande du débiteur, et sous la forme d'une réduction judiciaire qui libérera un ou plusieurs des immeubles assujettis, sanction directe et efficace, sanction en nature qui donnera toute satisfaction au débiteur sans compromettre les intérêts légitimes du créancier dont l'hypothèque subsiste d'ailleurs dans toute sa généralité, réduite qu'elle n'est que dans son mode de réalisation, dans sa manifestation extérieure et publique.

37. — Etant donné que le système repose sur le concept de l'abus, que sa mise en œuvre présuppose la commission d'une faute par le créancier trop zélé, on est amené à se demander s'il ne conviendrait pas de faire supporter les frais de la procé-

à hypothèque générale n'a aucun intérêt légitime à s'opposer à ce mode de distribution équitable, que ces auteurs écartent parfois la règle de l'indivisibilité de l'hypothèque.

(1) Trib. civ. Toulouse, 13 avr. 1905. (D. P. 1906.2.105, note L. JOSSERAND).

dure de réduction, non point au demandeur, le débiteur, qui n'a rien à se reprocher, mais bien plutôt au défendeur, le créancier, qui a eu le tort de commettre un excès, un abus de son droit. La question s'est posée devant le tribunal civil de Toulouse qui, après avoir procédé à un exposé *ex professo* et d'ailleurs fort exact de la théorie de l'abus des droits, ne crut pas pouvoir en faire l'application qui lui était demandée, d'abord parce que le débiteur avait commis certaines fautes, puis, et d'une façon plus générale, parce que le législateur a donné à la réduction des inscriptions le caractère d'une procédure *judiciaire*, ce qui implique que le créancier n'est aucunement tenu à consentir un abandon *volontaire* de ses droits (1).

L'argumentation ne nous paraît pas sans réplique : de ce que le débiteur est dans l'obligation de recourir au tribunal pour obtenir satisfaction, on ne peut pas conclure que les frais de l'instance doivent nécessairement lui incomber, alors surtout qu'il obtient gain de cause ; l'intervention de l'autorité judiciaire n'enlève pas à l'acte du créancier son caractère excessif qu'elle a pour but, bien au contraire, d'enregistrer contradictoirement et officiellement ; en somme, le tribunal de Toulouse résout la question par la question, et aboutit à une conclusion qui ne cadre nullement avec les prémisses de son argumentation, notamment avec le caractère fautif qu'il reconnaît à l'acte excessif du créancier.

Mais ce jugement a du moins le mérite de mettre vigoureusement en lumière le conflit de droits et d'intérêts qu'implique la situation à laquelle il se refère et aussi de caractériser nettement l'abus des droits qu'il rattache à la notion de but en le rapprochant du détournement de pouvoir du droit administratif et en le ramenant à la notion de l'intérêt légitime : celui-là abuse de son droit qui l'exerce en vue de nuire à autrui et aussi qui en use « sans intérêt ou sans motifs légitimes » et avec la conscience du préjudice causé à autrui.

(1) Jugement précité du 13 avr. 1905.

II. — Le droit de rétention.

38. — Le droit de rétention n'est point un droit réel, puisqu'il est dépourvu, d'abord et par définition même, du droit de suite, et aussi du droit de préférence, donc des deux attributs qui caractérisent essentiellement les droits patrimoniaux absolus (1) ; mais du moins faut-il y voir une garantie réelle, puisqu'il tend à procurer à un créancier, au moyen de l'affectation spéciale d'une chose, d'une valeur, le paiement de son dû.

Cette sûreté est reconnue, dans l'opinion dominante, à tout créancier-débiteur, et du moment qu'existe un lien de connexité entre la créance dont il est le titulaire et la chose, la valeur qu'il doit restituer : c'est ce qu'on appelle traditionnellement le *debitum cum re junctum* (2). Le bénéficiaire y trouve cet avantage fort appréciable de pouvoir exercer une contrainte sur la volonté de son débiteur qui n'aura d'autre moyen d'obtenir satisfaction que de fournir lui-même la satisfaction correspondante qui lui est demandée ; le rétenteur est un gêneur qui met son contradicteur dans la nécessité de s'exécuter, en sorte que le droit de rétention fonctionne à l'instar d'une voie d'exécution, indirecte sans doute, mais très efficace, et qu'il doit être rapproché du procédé de l'astreinte auquel la jurisprudence a si fréquemment et si utilement recours.

Mais précisément parce que ce droit est efficace et redoutable, il veut être ramené à l'intérieur de justes limites, afin qu'il soit mis au service de fins légitimes ; il doit être conditionné subjectivement, sinon il deviendrait facilement, entre les mains d'un créancier sans scrupules, un moyen de chantage ; il doit être utilisé, non pas en vue d'un but quelconque, mais uniquement dans l'esprit de l'institution.

(1) Barde, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. I, nº 228.
(2) V. de Loynes, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. I, nos 229 et s. ; Planiol, t. II, nos 2525 et s. ; Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, nº 1470 ; Cassin, *L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, thèse, Paris, 1914.

Or, cet esprit, quel est-il ? Un esprit de sécurité pour le créancier, simplement ; il s'agit de lui assurer le paiement de son dû, rien de moins, mais rien de plus ; et du moment que le rétenteur obéit à un autre mobile que celui-là, il emploie sa prérogative à une fin illicite et il risque donc d'engager sa responsabilité.

La Cour de cassation a eu l'occasion de faire application de ces directives à l'occasion d'un procès soulevé par les difficultés d'après-guerre. Un architecte avait été chargé, en 1919, par une Société coopérative de sinistrés, de préparer les dossiers de demandes d'indemnités à raison des dommages de guerre, et aussi de procéder à des études de projets de travaux qu'il dirigerait et règlerait ; il devait recevoir, à cet effet, une commission basée sur le montant des sommes allouées aux sinistrés. Sur ces entrefaites, il arriva qu'une loi du 15 août 1920 décida que les architectes des coopératives seraient choisis sur une liste dressée pour chaque département. L'architecte primitivement désigné n'admit pas ce contre-temps imprévu et prétendit continuer les travaux qui lui avaient été confiés, en sorte que la société dut s'adresser au tribunal qui nomma des experts pour la vérification des dossiers ainsi que pour la détermination des honoraires dus à l'architecte récalcitrant. Sur quoi, celui-ci refusa tout net de restituer — voire de communiquer aux experts — les dossiers précédemment constitués et qui étaient demeurés en sa possession, si bien que les intérêts des sinistrés se trouvaient gravement compromis, la procédure légale ne pouvant plus suivre son cours en l'absence des documents indispensables à la détermination du montant des dommages de guerre.

Dans la lutte judiciaire qui s'engagea à cette occasion, l'architecte prétendait user, pour obtenir satisfaction, du droit de rétention qui lui appartenait incontestablement sur les dossiers par lui détenus. Mais il restait à savoir s'il faisait, de ce droit certain, un usage licite, conforme à sa destination ; et c'est ce que n'admit pas la cour d'Amiens en observant,

d'abord que la société coopérative offrait de consigner une somme importante qui aurait garanti, jusqu'à l'issue du procès, les droits de l'architecte, puis et surtout que celui-ci, en opposant son droit de rétention, faisait obstacle au règlement de ses propres honoraires, eux-mêmes proportionnels au montant des réparations obtenues par les sinistrés, c'est-à-dire proportionnels à une somme dont la détermination supposait connus, donc communiqués, les dossiers retenus abusivement. Dans la réalité, cet architecte, loin de provoquer le règlement de sa créance, conformément à la finalité du droit de rétention, y faisait obstacle invinciblement, allant ainsi à l'encontre du vœu de la loi et commettant donc un abus de droit caractérisé.

Aussi la cour d'Amiens, brisant cette résistance injuste et ce cercle vicieux et opérant comme une transposition, une adaptation du droit de rétention, décida-t-elle que l'architecte communiquerait les dossiers, mais que ses intérêts seraient d'ailleurs sauvegardés par la consignation, jusqu'à l'issue du procès, d'une somme suffisante à assurer le règlement de ses honoraires, étant d'ailleurs entendu que son droit de rétention demeurait incontesté et intact, prêt à être exercé conformément à sa destination et, comme le constatera ensuite la Cour de cassation, « dans la mesure où il est légitime ». Car, la chambre des requêtes, saisie d'un pouvoir dirigé contre la décision de la cour d'Amiens, déclara que le moyen n'était pas fondé et que l'architecte ne pourrait émettre la prétention de faire de son droit de rétention un usage abusif, de nature à enlever à la Société des sinistrés la possibilité de s'acquitter des obligations qui lui incombaient tant vis-à-vis de ses membres que vis-à-vis de son adversaire au procès (1).

La jurisprudence *belge* obéit aux mêmes directives ; elle estime que « le droit de rétention, *comme tout droit d'ailleurs*,

(1) Req. 5 nov. 1923 (D. P. 1924.1.11). L'arrêt de la cour d'Amiens, contre lequel fut dirigé et rejeté le pourvoi, portait la date du 13 févr. 1922.

ne peut être exercé abusivement » et qu'il y a précisément abus lorsque le réparateur d'un objet prétend le retenir, alors qu'il sait pertinemment que son débiteur est certainement solvable et qu'il a un besoin pressant de sa chose (1).

38 *bis*. — Il convient de discriminer l'*abus* du droit de rétention d'avec le *défaut* de ce droit : l'entrepreneur de pompes funèbres qui prétend retenir le corps du défunt jusqu'au paiement des sommes qui lui sont dues par la famille n'abuse pas seulement du droit de rétention, mais il dépasse les limites objectives dans lesquelles ce droit est inclus, le corps du défunt étant hors du commerce et ne se prêtant à l'exercice d'aucune voie d'exécution (2). On retrouve ici la distinction fondamentale, dégagée à l'occasion du droit de propriété (3), entre les actes accomplis sans droit (actes *illégaux*) et ceux qui se ramènent à l'exercice incorrect d'un droit existant (actes *abusifs*).

(1) Trib. com. Bruxelles, 6 juin 1935 (*Rev. gén. belge assur. et respons.*, 1936, nº 2203).
(2) Trib. civ. Seine, 20 déc. 1932 (S. 1933.2.44).
(3) V. *Sup.*, nº 26.

CHAPITRE III

LE DROIT DE RECOURIR AUX VOIES LÉGALES

39. — On désigne sous le vocable de « voies légales » ou encore sous celui de « voies de droit » les différents moyens que la loi met à la disposition des particuliers ou des personnes morales à l'effet d'assurer, d'imposer la réalisation et le triomphe de leurs droits ; il y a là tout un arsenal riche en armes juridiques : action en justice, défense, répliques, incidents, voies de recours, plaintes, voies d'exécution, tous moyens qui constituent, dans leur ensemble, la partie réalisatrice, sanctionnatrice du droit.

Ces armes peuvent-elles être utilisées impunément par ceux à qui elles ont été remises, en toute occurrence et en tout état de cause ? L'usage en est-il licite, invariablement, quelles que soient les origines du combat judiciaire, quel que soit l'esprit dans lequel il est engagé et conduit ?

La question est bien faite pour surprendre, surtout dans la mesure où elle vise le droit d'agir en justice : l'action, dans notre conception moderne, n'est pas essentiellement différente du droit dont elle constitue l'affirmation judiciaire ; elle est ce droit à l'état de lutte, elle est ce droit en action (1) ; il semble

(1) *Sic* : GARSONNET et Cézar-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure*, 3e éd., t. I, nº 351 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, nº 2233. — V. cependant, CAPITANT, *Introduction à l'étude de droit civil*, nº 91 ; René MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, nº 25 : « L'action, si elle est intimement liée au droit,

donc que son exercice ne puisse jamais dégénérer en abus et on ne conçoit pas comment il pourrait devenir générateur d'une responsabilité quelconque.

On le conçoit d'autant moins qu'en portant nos intérêts devant les tribunaux nous ne faisons pas œuvre purement égoïste mais nous accomplissons, consciemment ou non, une véritable fonction sociale. Ihering a montré, en des pages fameuses, fertiles en formules lapidaires et saisissantes (1), comment c'est pour chacun de nous un devoir individuel à la fois et social que de résister de toutes nos forces à l'injustice : un devoir individuel, car nous nous devons à nous-mêmes de défendre, en même temps que nos légitimes intérêts, notre personnalité même qui serait diminuée par une capitulation sans profit et sans gloire, prélude d'autres capitulations ; il en est des individus comme des peuples : le moyen le plus sûr pour eux d'obtenir la paix, c'est de faire valoir leurs droits : « La paix est le but que poursuit le droit ; la lutte est le moyen de l'atteindre (2). » D'ailleurs, ce n'est pas seulement son propre intérêt que sauvegarde le plaideur : en défendant son propre droit, il défend le droit de tous ; en effet, les normes juridiques n'ont de valeur effective que par leur réalisation pratique ; si chacun faisait abandon de ses droits, véritablement il n'y aurait plus de droit : « sans lutte, point de droit, comme sans travail point de propriété ». Il faut donc que chacun entreprenne, dans la mesure de ses intérêts, la lutte sainte pour le droit ; il y va de l'existence même de l'ordre social ; chaque individu « est un lutteur-né, pour le droit, dans l'intérêt de la société (3). »

Il semble donc bien que le droit de recourir aux voies légales, et, plus spécialement, à l'action en justice, présente un

est cependant quelque chose d'indépendant. Elle constitue un droit particulier qui obéit à des conditions et entraîne des conséquences qui lui sont propres. »

(1) IHERING, *La lutte pour le droit,* trad. DE MEULENAERE.
(2) *Op. cit.*
(3) IHERING, *op. cit.*

caractère véritablement sacré, qu'il soit intangible entre tous, faisant partie intégrante du droit naturel et constituant en même temps une des pièces maîtresses de tout droit positif, de toute construction sociale. L'abus en serait d'autant moins concevable que le plaideur, lorsqu'il recourt aux voies légales, n'empiète pas sur les prérogatives de son adversaire et que le développement parallèle, indéfini de leurs droits égaux et identiques paraît bien être ici, non pas une chimère, mais une possibilité dont il convient de poursuivre et d'assurer la réalisation.

40. — Cependant, il n'existe sans doute pas de législation qui ait jamais reconnu à l'usage des voies légales ces possibilités illimitées et qui ait ouvert toute grande aux plaideurs la porte du prétoire, avec la garantie du gouvernement. Chez tous les peuples et à toutes les époques, des restrictions ont été reconnues nécessaires à la liberté de plaider, de déduire son droit en justice, d'utiliser l'arsenal formidable de la procédure ; partout on a admis que cette liberté était susceptible de comporter des abus, aussi bien dans les pays germaniques que dans les pays musulmans, chez les races anglo-saxonnes elles-mêmes, comme parmi les races d'origine latine (1) ; et, plus spécialement, notre jurisprudence française a toujours admis que l'usage des voies de droit pouvait devenir abusif et engager la responsabilité de celui qui en avait mésusé.

Seulement, dans l'appréciation de cette œuvre jurisprudentielle, si intéressante, si équitable, mais si touffue, comme d'ailleurs dans l'étude des législations étrangères ou dans celle des institutions disparues, il faut d'abord éviter soigneusement une double confusion dans laquelle on ne tomberait que trop aisément et qui a été commise par bien des auteurs : il est urgent de délimiter notre sujet en le libérant de tout élément étranger et de distinguer entre la responsabilité tenant à l'abus

(1) V. *infrà*, nos 225 et s.

des voies légales d'une part, et, d'autre part, les responsabilités purement objectives, qui procèdent de l'idée de risque ou de défaut de droit. En étudiant les abus du droit de propriété, nous avons fait une distinction tripartite analogue (1) qui va trouver également sa place dans l'exercice des voies légales et qui recevra à cette occasion une confirmation et une nouvelle consécration, plaçant ainsi en pleine lumière la parfaite homogénéité du système.

41. — I. — *La responsabilité objective procédant du risque judiciaire.* — Cette responsabilité trouve ses principales applications dans la condamnation aux dépens qui vient frapper le plaideur malheureux et dans la condamnation aux dommages-intérêts qui peut être prononcée contre le plaideur, d'abord triomphant, puis définitivement vaincu, lorsqu'il avait procédé, dans l'intervalle entre les deux décisions contraires, à des actes d'exécution, d'ailleurs parfaitement réguliers, mais devenus sans cause à raison de l'anéantissement de la décision en vertu de laquelle ils étaient intervenus.

42. — *La condamnation aux dépens.* — Dans notre droit français, comme d'après le droit commun législatif, le plaideur qui perd son procès doit normalement solder la note des frais que son adversaire victorieux a dû exposer pour obtenir satisfaction — honoraires d'huissier, d'avoué, frais de timbre et d'enregistrement, etc. (2) ; c'est là ce qu'on est convenu d'appeler la condamnation aux dépens qui ne revêt nullement le caractère d'une pénalité (3), mais bien celui d'une indemnisation, d'une condamnation à des dommages-intérêts.

(1) *Suprà*, nº 26. V. aussi, pour le droit de rétention, *suprà*, nº 38 *bis*.
(2) Comp. art. 130.
(3) Il en allait autrement dans l'ancienne Rome, sous le régime des *legis actiones*, de la somme d'argent que chacun des plaideurs devait consigner, au début de la procédure du *sacramentum*, en guise d'enjeu, et qui était de 50 ou de 500 as selon l'importance du litige. Tandis que le gagnant retirait sa mise, l'enjeu du perdant était acquis à l'Etat (GAIUS, IV, 13) ; c'était donc bien une sorte de pénalité qui

On pourrait croire que ces dommages-intérêts viennent sanctionner un abus que le perdant aurait commis de son droit de plaider : l'événement n'est-il pas venu démontrer qu'il a fait fausse route et qu'il a eu tort d'émettre une prétention injuste ou de résister à une demande dont la légitimité a été ensuite judiciairement reconnue ? Nous ne pensons pas que ce point de vue soit exact ; sans doute, la chose jugée est considérée comme l'expression de la vérité ; ainsi l'exige l'ordre social : *res judicata pro veritate habetur* ; mais on aurait vraiment mauvaise grâce à reprocher au plaideur malheureux de n'avoir pas prévu à l'avance le sens dans lequel s'établirait cette vérité judiciaire ; ce serait exiger de lui un don de prescience, une faculté de double vue qui dépasse les limites des forces intellectuelles humaines. Comment pouvait-il posséder sur ce point une certitude qui faisait peut-être défaut aux juristes les mieux avertis ? Le droit n'est point une science exacte ; il est une science morale, et, comme telle, faite de nuances et de contingences, vouée aux divergences d'appréciations et à de continuelles incertitudes : il arrive chaque jour que deux tribunaux voisins, voire même deux chambres d'un même tribunal ou d'une même cour, donnent à la même question des solutions nettement opposées ; on a vu parfois de telles dissidences se manifester jusque dans le prétoire de la Cour suprême, dont la chambre des requêtes et la chambre civile professaient des opinions contraires sur un point de droit déterminé, et nous aurons précisément l'occasion de relever un phénomène de sécession de ce genre dont l'abus des voies de droit a été et demeure, semble-t-il, l'occasion (1). D'autre part, il arrive encore que notre jurisprudence, et la Cour de cassation elle-même, modifie les positions prises tout d'abord, brûlant ainsi ce qu'elle avait primitivement contraint d'adorer ; et l'on peut même citer des cas de double évolution, la seconde variation

était infligée au plaideur malheureux dont le *sacramentum* avait été proclamé *injustum*.

(1) *Infrà*, nos 59 et 60.

ramenant la vérité judiciaire à son point de départ (1). Etant donné ces flottements, ces incertitudes et ces repentirs, on ne saurait songer sérieusement à reprocher à un particulier de n'avoir pas prévu ce que nul, peut-être, ne pouvait prévoir et d'avoir engagé ou soutenu un procès aujourd'hui perdu. Et s'il doit indemniser le gagnant des frais que celui-ci a dû exposer pour obtenir satisfaction, ce n'est nullement à raison d'une faute, d'une imprudence, même légères, qu'il aurait prétendûment commises ; c'est encore moins à raison de sa mauvaise foi, car il a pu, et même il a dû croire à l'excellence de sa cause, sans quoi il n'eût vraisemblablement pas affronté la lutte judiciaire ; mais c'est parce qu'il avait créé un risque dont il doit supporter, en bonne justice, les conséquences dommageables ; par cela même qu'il avait engagé l'instance ou qu'il avait résisté aux prétentions du demandeur, il avait pris une décision, une initiative dont les conséquences dernières, dont l'incidence définitive devaient tout naturellement être déterminées par l'issue du litige : en réalité, la condamnation aux dépens ne constitue ni une pénalité, ni la sanction d'une faute : elle est un procédé très simple de répartition du risque judiciaire et doit demeurer totalement étrangère à la notion de l'abus des voies de droit (2). Le plaideur qui perd un procès n'a pas plus abusé de son droit d'ester en justice que le directeur d'une usine dont les fumées incommodent les voisins n'abuse de son droit de propriété : l'un comme l'autre ont donné une impulsion normale aux prérogatives dont ils sont armés ; c'est par des actes irréprochables, pleinement licites, que leur responsabilité purement objective se trouve engagée, et non point par des actes injustifiés et abusifs.

43. — *L'exécution par provision.* — L'exécution des déci-

(1) On connaît les conditions dans lesquelles ce mouvement de va-et-vient s'est opéré sur la question de la nature des reprises de la femme commune en biens et sur celle du cumul de la réserve avec la quotité disponible.

(2) *Sic.* : JAPIOT, *Le fondement de la dette des dépens* (*Rev. trim. de droit civil*, 1914, p. 523). Comp. notre note (D. P. 1923.2.52, col. 2).

sions susceptibles de voies de recours, et, par conséquent, d'anéantissement, est, elle aussi, constitutive d'un risque de nature à engager la responsabilité du plaideur qui l'a fait jouer. On peut supposer, par exemple, que c'est un jugement rendu en premier ressort par un tribunal de première instance qui a été déclaré ou qui est de plein droit exécutoire par provision ; effectivement, le plaideur qui l'avait obtenu le met à exécution sans plus attendre et bien qu'un appel ait été interjeté par le perdant. Si cette voie de recours aboutit à un arrêt d'infirmation, les mesures d'exécution auxquelles il avait été procédé dans l'intervalle par la partie gagnante vont tomber, puisque le titre en vertu duquel elles avaient été prises, à savoir le jugement du tribunal, se trouve rétroactivement anéanti ; le *statu quo ante* devra être rétabli, aussi exactement que possible, et le plaideur contre qui ces mesures d'exécution étaient intervenues va pouvoir obtenir de son adversaire trop pressé des dommages-intérêts destinés à l'indemniser du préjudice qui lui a été causé par une exécution hâtive de la décision ensuite réformée.

Cependant, cet adversaire avait agi correctement, régulièrement : c'était dans la plénitude de son droit, en quelque sorte sur l'invitation du tribunal ou de la loi, qu'il avait procédé, sans attendre davantage, à des actes d'exécution ; en ce faisant, il a usé d'un « droit légitime autant qu'incontestable » (1); aucune faute, aucune imprudence ne sauraient être relevées à sa charge ; il possédait la vérité judiciaire ; il s'en est emparé et l'a traduite par des actes ; ces actes étaient licites et ne rentrent point dans les formules des articles 1382 et 1383 du code civil. Ce n'est pas la responsabilité délictuelle du pour-suivant qui est mise en jeu, au moins dans sa forme classique ; c'est une responsabilité d'ordre objectif, à base de risque et pure de toute faute (2). En mettant aussitôt le jugement à

(1) Req. 27 nov. 1867 (D. P. 1868.1.267).

(2) La jurisprudence proclame volontiers que le saisissant a agi à « ses risques et périls » ; cette formule se retrouve notamment dans

exécution, il savait, il devait savoir à quoi il s'exposait ; ayant à choisir entre deux partis, ou bien attendre en toute sécurité, ou bien agir immédiatement en s'exposant à voir anéantir ensuite le jugement, et, avec lui, les actes qui en constituaient la mise en œuvre, il a opté librement pour le second terme du dilemme, pour le plus dangereux ; il a ainsi déchaîné un risque, sans commettre de faute certes, mais du moins en toute connaissance de cause ; il doit donc en supporter l'incidence si, plus tard, ce risque vient à se réaliser. Il n'est aucunement coupable ; il avait le droit de choisir et il a choisi ; il doit supporter les conséquences logiques de son choix qui s'était exercé en dehors de toute garantie des pouvoirs publics. Dans tout cela, il n'est aucunement question de faute, de devoir, d'imprudence, de mérite ou de témérité, d'exercice régulier ou abusif d'un droit : il y a, tout simplement, la prise en charge d'un risque, prise en charge parfaitement régulière, et licite, mais périlleuse, et éventuellement génératrice de responsabilité (1).

44. — II. — *La responsabilité procédant d'un défaut de droit.* — Nous venons de rencontrer et d'analyser une responsabilité découlant d'actes accomplis conformément à un droit et de façon correcte, irréprochable ; à l'inverse, les voies légales peu-

plusieurs arrêts de la chambre des requêtes du 3 févr. 1863 (D. P. 1863. 1.163) du 27 avr. 1864 (D. P. 1864.1.303) et du 20 juin 1924 (D. H. 1924.491), ainsi que dans une décision de la cour de Poitiers du 29 janv. 1923 (D. P. 1923.2.49, note L. JOSSERAND) et, plus récemment, dans un arrêt de la cour de Paris du 10 janv. 1938 (D. H. 1938.204).

(1) La Cour de cassation admet le point de vue auquel nous nous plaçons au texte lorsque le poursuivant a mis à exécution une décision qui ne pouvait être attaquée que par les voies de recours extraordinaires ; alors, son attitude est irréprochable et restera telle, quoi qu'il advienne. Mais si la décision comportait un recours ordinaire (appel, opposition) sur l'exercice duquel elle vienne par la suite à être anéantie, si elle n'avait donc pas force de chose jugée, elle ne constitue plus qu'un titre résoluble, un titre litigieux dont l'utilisation engage éventuellement la responsabilité du plaideur trop pressé, lequel encourra à l'occasion une condamnation basée sur la faute commise (V. les décisions précitées). Nous avons eu l'occasion d'analyser et de critiquer cette jurisprudence et la distinction artificielle qu'elle établit, dans la note précitée (D. P. 1923.2.49).

vent devenir l'occasion d'actes accomplis sans aucun droit ; tandis que ceux de la catégorie précédente n'étaient pas même abusifs, puisque corrects et licites, ceux que nous visons à présent sont plus qu'abusifs, puisqu'illicites en eux-mêmes, intrinsèquement envisagés et abstraction faite des conditions dans lesquelles ils sont intervenus. C'est, par exemple, un plaideur qui prétend poursuivre l'exécution d'une décision susceptible d'appel et non exécutoire par provision ; ou bien c'est un créancier qui veut saisir les biens de son débiteur alors qu'il n'est pas muni d'un titre exécutoire, ou qui recourt sans droit à une saisie conservatoire (1). Certes, de telles irrégularités méritent et entraînent des sanctions, mais il serait faux d'y voir des actes simplement abusifs. Le rapprochement s'impose avec les actes commis par un individu qui empiète matériellement sur le domaine d'autrui, en construisant, en plantant sur le fonds contigu au sien ou en pratiquant dans son propre mur des ouvertures qui ne satisfont pas aux obligations dites de voisinage. Celui-là, nous l'avons noté, ne commet pas seulement un abus de droit ; il agit sans droit, ce qui est bien différent (2). Ainsi en est-il du plaideur ou du créancier qui se livre aux pratiques irrégulières que nous avons supposées : ce ne sont pas des actes abusifs qu'il accomplit, mais des actes illégaux et qui demeurent tels alors même que la bonne foi de leur auteur serait entière et qu'elle serait établie ; son erreur n'a pas consisté seulement à mésuser d'une arme dont il avait la légitime possession ; bien plus grave, elle a été de se servir d'une arme qui ne lui appartenait pas. Dès lors, les mobiles qui ont présidé à son intervention sont indifférents ; de toute façon, et même dans l'hypothèse la plus favorable, celle de sa bonne foi, cette intervention est illégale et entraînera donc une

(1) Alger, 26 janv. 1933 et 10 févr. 1937 (D. P. 1938.2.6). Il s'agissait, en ces espèces, d'un navire entré dans un port d'escale, pour se ravitailler en charbon et en vivres, et qui, prêt à faire voile au sens de l'art. 215 C. com., ne pouvait être saisi, même conservatoirement, par un créancier pour fournitures afférentes à un précédent voyage.

(2) *Suprà*, nos 15 et s.

sanction aussi complète, aussi efficace que possible, donc, au premier chef et sans préjudice de dommages-intérêts, s'il y échet, une sanction en nature.

45. — III. — *La responsabilité dérivant d'un abus commis dans l'exercice des voies légales*. — Pour découvrir le domaine de l'abus, il faut, pour l'usage des voies légales comme pour celui des autres droits, supposer :

1° Qu'une personne est titulaire du droit en cause et capable de l'exercer ;

2° Qu'elle en use en demeurant, en se cantonnant dans les limites objectives qui lui sont tracées, de façon plus ou moins précise par la loi ;

3° Qu'elle l'aiguille dans une direction autre que celle qui lui est assignée par l'esprit même de l'institution, qu'elle l'utilise donc, en quelque sorte, à contre-sens.

C'est la réunion de ces trois éléments qui constitue les données du problème et qui fait se poser la question de savoir si la responsabilité de l'agent, dans l'espèce du plaideur ou du saisissant, ne sera pas engagée du fait de l'abus commis, et à supposer, bien entendu, que cet abus ait fait une victime, c'est-à-dire qu'un dommage ait été causé ; si, en d'autres termes et pour envisager de préférence les abus commis en cours d'instance, le plaideur convaincu d'avoir mésusé de ses droits d'attaque ou de défense, ne pourra pas encourir de ce chef une condamnation à des dommages-intérêts qui viendra s'ajouter et à la perte du procès et à la condamnation aux dépens qui en est la suite ordinaire.

46. — Cette question a retenu l'attention de presque tous les législateurs qui lui ont invariablement donné une solution affirmative, du moins pour le cas d'abus le plus typique et le plus grave, c'est-à-dire pour celui de la mauvaise foi : à toute époque et en tout pays, l'esprit de chicane, la volonté de nuire à autrui en mésusant des voies légales, ont été considérés

comme constitutifs d'un véritable délit, pénal ou civil, comportant, comme minimum de sanction, une réparation d'ordre pécuniaire.

A Rome déjà, des mesures énergiques avaient été prises afin de prévenir ou de réprimer l'esprit de chicane : c'était le *jusjurandum calumniæ* ; c'était les diverses pénalités qui venaient frapper l'*infitiatio* et la *plus petitio*, sortes de délits spécialisés ressortissant sans aucun doute à l'abus des voies de droit ; c'était aussi la note d'infamie qui était attachée à la condamnation pour dol intervenant sur certaines actions, telles les actions de fiducie, de tutelle, de dépôt ; et, au cours des siècles, ce système répressif, loin de s'atténuer ou de se désagréger, n'a fait que se renforcer et s'ordonner : dans les Institutes de Justinien, c'est tout un titre qui est consacré aux pénalités applicables aux plaideurs téméraires.

Les législations modernes n'ont pas été moins attentives que la « raison écrite » à purifier l'atmosphère du prétoire ; nous verrons que, même les peuples les plus individualistes, même les anglo-saxons ont reconnu, ont subi la nécessité de prévenir ou de réprimer les abus commis dans le maniement des voies de droit, car l'Angleterre, en dépit de son hostilité à l'encontre du solidarisme et malgré l'aisance avec laquelle elle prend son parti du *struggle for life* et des ruines accumulées sous son action, a dû sévir dans les cas extrêmes et a réprimé les excès commis par voie de *malicious prosecution* ou de *malicious abuse of process*.

47. — En France, comme en Belgique, en Italie, en Suisse ou en Allemagne, le principe n'a jamais été mis en doute : nos tribunaux ont toujours admis la possibilité d'abus des voies légales ; ils ont reconnu que le droit de plaider ou celui de recourir aux voies d'exécution, comportaient, à côté des limitations impersonnelles et objectives constituées par les règles de procédure, des restrictions d'ordre personnel et subjectif tirées de la mentalité du plaideur ou du poursuivant

qui ne peuvent pas aller à l'encontre des fins de l'institution, et qui, notamment, ne sauraient impunément mettre les voies de droit au service d'une volonté à base de malice, de méchanceté, de rancune ou de persécution, commettant ainsi une sorte de profanation juridique qu'aucun législateur, qu'aucun juge ne peuvent tolérer.

Nos diverses juridictions ont eu fréquemment l'occasion de faire application de ce principe de haute moralité juridique aux abus commis dans la réalisation des différentes voies de droit, dans toutes les innombrables formes d'utilisation dont la grande machine judiciaire est susceptible : demande en justice, plainte, défense, moyens et incidents de procédure, voies de recours, voies d'exécution ; aucun des divers rouages de cet immense organisme que représente la justice ne doit pouvoir être détourné de la mission qui lui est assignée ; aucun d'eux ne doit être faussé, pas plus dans son fonctionnement que dans sa structure.

48. — *Abus commis dans la demande en justice.* — Le plaideur qui n'engage un procès que dans le but d'être désagréable à son adversaire, de lui causer préjudice et ennuis, par esprit de malice ou de vexation, celui-là détourne assurément les voies légales de leur destination constante et indiscutée qui est d'assurer à chacun le bénéfice de son droit, rien de moins, mais rien de plus ; il commet donc un abus qui pourra motiver une demande et une condamnation à des dommages-intérêts nettement distincts des dépens de l'instance.

C'est, par exemple, un officier ministériel qui, après avoir cédé son étude, intente aux clients de son successeur une série de procès destinés à déprécier l'office en décourageant et en éloignant de lui sa clientèle ; combinaison inadmissible, illicite, car, « si celui qui a recours aux voies judiciaires pour obtenir le paiement de ce qui lui est dû ne fait qu'exercer un droit légitime, il en est autrement de celui qui y a recours

abusivement, par malice ou par esprit de vexation, ou même par une erreur grossière équivalente au dol » (1).

Ou bien c'est un individu qui, pour satisfaire ses rancunes contre la famille de sa femme, intente contre ses alliés une série de demandes vexatoires qui se succèdent au cours d'une douzaine d'années et dénotent chez leur auteur un véritable esprit de persécution systématique (2).

Ou encore c'est un propriétaire qui, prenant prétexte de la faute involontaire que son voisin a commise en coupant un arbre qu'il croyait lui appartenir mais qui, en réalité, était situé sur le fonds limitrophe, refuse impitoyablement l'offre de la somme raisonnable qui lui est proposée, à titre de réparation, par l'auteur du dommage, et qui l'assigne au paiement de dommages-intérêts hors de proportion avec le préjudice éprouvé, agissant ainsi « *par esprit de malice et de chicane, de mauvaise foi, dans le but de nuire* » à son voisin de bonne foi « et de lui causer un préjudice en le contraignant, *par une procédure abusive et vexatoire*, à exposer des frais et des dépenses » (3).

Il n'est d'ailleurs pas indispensable, pour qu'il y ait abus des voies légales, que le demandeur obéisse exclusivement au désir de nuire à son adversaire : l'esprit de chicane, la poursuite d'un intérêt personnel, mais illégitime, vicient également la demande, comme si, par exemple, celle-ci est exercée en vue d'intimider l'adversaire, de peser sur sa volonté et de l'amener à conclure une transaction aussi désastreuse pour la victime qu'avantageuse pour l'auteur de la machination (4).

(1) Req. 11 juin 1890 (D. P. 1891.1.193).
(2) Req. 26 déc. 1893 (D. P. 1895.1.529).
(3) Req. 7 mai 1924 (S. 1925.1.217, note BRÈTHE) ; Civ. 8 juin 1926 (S. 1926.1.252).
(4) Req. 19 févr. 1879 (D. P. 1879.1.445) ; Civ. 26 juill. 1897 (D. P. 1901.1.28). Dans le premier cas, la transaction avait été conclue à la suite de l'exercice d'une action ayant pour effet de placer le navire du signataire sous embargo, la veille même du jour fixé pour le départ ; dans le deuxième, elle était intervenue à raison de

49. — *Abus commis dans le dépôt ou dans la menace du dépôt d'une plainte tendant à des poursuites criminelles ou correctionnelles.* — Si une plainte ou une dénonciation de cette nature est injustifiée, si elle aboutit notamment à une ordonnance de non-lieu, l'abus existe, non seulement lorsque son auteur a agi de mauvaise foi, dans un but malveillant, mais encore s'il a porté l'accusation témérairement, avec imprudence ou légèreté blâmable, et sans motif légitime (1). Nous voyons donc apparaître nettement cette idée que nous devons user de nos droits, du moins lorsque l'utilisation en est dangereuse pour les tiers, non pas seulement de bonne foi, mais encore avec prudence et circonspection.

Le devoir qui nous est imposé à cet égard et dans cette direction a été précisé et renforcé par la loi du 2 juillet 1931 *modifiant l'article 70 du Code d'instruction criminelle*, laquelle a pris des mesures, les unes préventives, d'autres répressives, contre *les abus de constitution de partie civile*, les premières se ramenant à la faculté donnée au procureur de la République, s'il estime que la plainte n'est pas suffisamment justifiée, d'entendre la personne visée, non pas en tant qu'inculpé, mais en qualité de simple *témoin* ; les secondes consistent dans le droit conféré à cette personne, s'il intervient une ordonnance de non-lieu, de demander des dommages-intérêts au dénonciateur « *sans préjudice de l'action appartenant au procureur de la République, en vue de l'application des peines portées à l'article 373 du Code pénal* » (2).

Les mesures de protection ainsi mises à la disposition de la perspective d'une demande tendant à la déclaration de la faillite du débiteur.

(1) V. notamment : Civ. 17 avr. 1878 (D. P. 1879.1.72) ; Req. 23 janv. 1912 (S. 1912.1.316) : la Cour de cassation évoque ici expressément la notion du motif légitime. V. aussi : Paris, 11 févr. 1914 (D. P. 1917.2.46) : celui qui dénonce un individu comme étant l'auteur d'un crime ou d'un délit, commet un abus s'il agit soit de mauvaise foi, soit avec imprudence ou légèreté ; 28 janv. 1926 (*Gaz. Pal.*, 10 mars ; *Rec. des sommaires*, 1926, n° 2137).

(2) Pour le commentaire de ce texte, V. Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel*, nos 1310 et s.

tous contre des abus possibles de constitution de partie civile sont d'autant plus efficaces que l'action en dommages-intérêts, accordée à la victime, relève du tribunal correctionnel où l'affaire est instruite, ce qui en rend l'examen plus facile et plus rapide, et que, d'après la jurisprudence, les réparations civiles sont accordées au vu de l'ordonnance de non-lieu, sans que le demandeur ait à faire la preuve de la mauvaise foi ou même de la témérité du plaignant. Le système revêt, de ce fait, un caractère automatique et, dans un certain sens, objectif.

49 *bis*. — *Plainte contre un employé*. — La plainte adressée à une entreprise, à une société, contre un de ses employés, ne se présente pas exactement sous le même aspect que la plainte en justice ; par cela même qu'elle n'est point destinée à mettre en action un rouage judiciaire, elle affecte un caractère moins officiel et moins exceptionnel. Sur sa légitimité de principe, aucun doute ne saurait exister ; c'est un droit, pour le public, de se plaindre des agissements d'un employé qui a commis, dans l'exercice de sa fonction, un fait répréhensible ; comme il a été jugé, l'auteur d'une telle plainte accomplit un devoir de la vie sociale (1) et c'est à l'employeur qu'il appartient d'apprécier la suite à y donner. Mais, comme presque tous les droits, celui-ci n'est point illimité ; son exercice peut être l'occasion d'une faute, d'un abus, non pas seulement s'il est dicté par la malveillance, par l'intention de nuire, mais aussi lorsqu'il est entaché d'une simple faute, d'une légèreté, d'une imprudence ; il n'y a là qu'une application, à un cas particulier, du principe général posé dans les articles 1382 et 1383 du code civil (2) ; l'intention de nuire, sans laquelle il ne saurait y avoir ni diffamation, ni dénonciation calomnieuse, n'est pas à la base de

(1) Trib. civ. Seine, 29 mars 1926 (D. P. 1928.2.68, note MARCEL NAST).
(2) Jugement précité, *motifs*.

toute responsabilité d'ordre délictuel ; le quasi-délit a la même force obligatoire que le délit et la faute simple commise dans l'exercice d'un droit demeure, en thèse générale, constitutive de l'abus. Tout au plus pourrait-on réserver le cas où l'auteur de la plainte reconnue non fondée serait à même d'arguer de sa bonne foi en faisant valoir une juste cause d'erreur (1).

Mais, à supposer même que la plainte fût justifiée, elle présente encore un caractère abusif lorsque son auteur l'a formée en vue de réaliser un objectif illégitime et, plus précisément, d'obtenir des satisfactions qui ne lui sont point dues : c'est, par exemple, un mari qui, surprenant sa femme en flagrant délit d'adultère, prétend exiger d'elle, à cette occasion, la quittance d'un paiement purement fictif, auquel il n'a jamais procédé, et dépose, pour exercer une pression sur la volonté de la créancière, une plainte qu'il retire ensuite lorsque la quittance exigée lui a été enfin remise (2) ; ou bien c'est une compagnie d'assurances qui prétend échapper au paiement de l'indemnité dont elle est redevable à la suite d'un sinistre, en menaçant son client de provoquer une enquête susceptible d'avoir pour son père des conséquences extrêmement graves, d'ordre criminel (3) ; ou encore, c'est le directeur d'un grand magasin qui, découvrant un manquant dans la livraison d'un de ses fournisseurs, veut mettre cette expérience à profit pour exiger du coupable, et sous la menace d'une plainte, un engagement portant sur une somme bien supérieure au préjudice effectivement subi (4). Dans toutes ces éventualités et autres du même genre, l'auteur de la plainte a eu le grave tort d'agir, non point seulement pour obtenir le châtiment de la victime, pour que justice fût faite, mais bien pour réaliser un bénéfice ou un avantage auquel il

(1) M. Nast, note précitée.
(2) Req. 6 avr. 1903 (D. P. 1903.1.301).
(3) Rouen, 15 juill. 1881 (Dalloz, *Jur. gén. Sup.*, v° *Obligation*, n° 56).
(4) Civ. 9 avr. 1913 (D. P. 1917.1.103).

n'avait pas légitimement droit ; il s'est servi de la prérogative qui lui appartenait comme d'un levier puissant, d'un procédé d'extorsion en vue de fins illégitimes ; il a commis un détournement, un abus de droit dont il doit réparer les conséquences dommageables.

50. — *Abus commis dans la défense.* — Le défendeur qui résiste, par malice ou par mauvaise foi, à une demande dont le bien-fondé est manifeste, commet, lui aussi, un délit (l'*infitiatio* du droit romain), un abus de son droit de défense, par cela même qu'il place le demandeur dans l'obligation de recourir à la contrainte pour obtenir la satisfaction à laquelle il avait évidemment droit : « ... la défense en justice est un droit dont l'exercice ne dégénère en faute pouvant donner ouverture à dommages-intérêts que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi, ou, au moins, une erreur grossière équipollente au dol » (1), ou encore s'il se ramène à une « résistance opiniâtre et injustifiée » (2).

51. — *Abus dans les moyens et incidents de procédure, dans les procédés employés par un plaideur.* — La volonté de faire de l'obstruction judiciaire, de retarder la solution du litige en éternisant les débats, en faisant une « guerre d'usure » est considérée par nos tribunaux comme illicite et abusive, soit que le défendeur ait créé des « incidents cherchés et voulus (3) », soit que le demandeur ait multiplié comme à plaisir les incidents de procédure coûteux, épuisant les artifices de la chicane devant une ou diverses juridictions et dans une pensée vexatoire (4) ; soit qu'un créancier ait

(1) Civ. 7 juill. 1910, motifs (D. P. 1913.1.43) ; Req. 22 janv. 1918 (S. 1918-1919.1.166) ; Civ. 4 janv. 1921 (D. P. 1921.1.14) ; 30 juill. 1930 (D. H. 1930.539) ; 22 mai 1935, *motifs* (S. 1935.1.383).

(2) Req. 5 juin 1926 (S. 1926.1.202).

(3) Req. 14 mars 1905 (D. P. 1905.1.270).

(4) Req. 10 janv. 1910 (S. 1912.1.158). Dans l'espèce, la Cour de cassation était la sixième juridiction qui eût à connaître du même litige. — Comp. Req. 4 déc. 1923 (D. H. 1924.105) : l'abus du droit

laissé ignorer au tribunal qui prolongeait son délibéré, que son débiteur lui avait fait parvenir un chèque lui donnant toute satisfaction (1), ou bien que le défendeur formule des imputations mensongères à l'adresse de son adversaire dans le seul but de donner le change, de tromper le tribunal et d'échapper aux conséquences de sa propre faute (2) ; soit encore que le demandeur devant la cour fasse défaut sur son propre appel (3), ou que, tout simplement, le défendeur fasse défaut devant le tribunal où il a été régulièrement appelé. Sans doute, c'était un droit pour lui que de ne pas comparaître devant ses juges, mais un droit dont l'exercice peut devenir fautif, abusif, et il devient tel lorsque le défaut de comparution « a le caractère d'un *acte de malice ou de mauvaise foi, ou, tout au moins, d'une erreur grossière équipollente au dol* » (4).

L'application des règles de compétence est également susceptible, lorsqu'elle est entachée de dol ou d'erreur grossière, de revêtir un caractère abusif ; par exemple lorsqu'un plaideur introduit une action en bornage contre son voisin, sachant pertinemment que la délimitation des deux domaines ne peut résulter, en l'espèce, que d'une demande en revendication, laquelle rentre dans la compétence exclusive du tribunal civil départemental ; ce demandeur occasionne ainsi à son adversaire, par sa faute et volontairement, des frais et un dérangement inutiles ; c'est pourquoi, *et même s'il triomphe en fin de compte*, il est passible de dommages-intérêts à raison de l'abus de procédure qu'il a commis, et il y aura lieu de le condamner, malgré son bon droit sur le fond, à tous les dépens tant en appel qu'en première intance (5).

est constitué, dans l'espèce, par des *procédés vexatoires* ; Civ. 27 juill. 1931 (D. H. 1931.507) ; spécialement, pour les *procédés dilatoires*, Trib. civ. Grasse, 3 mars 1932 (D. P. 1934.2.125, note CHÉRON).

(1) Montpellier, 28 nov. 1926 (*Rec. des sommaires*, 1926, nº 1703).

(2) Trib. civ. Brive, jugement précité.

(3) Req. 27 mai 1884 (D. P. 1884.1.437) ; Civ. 3 août 1891 (D. P. 1892.1.566).

(4) Civ. 20 nov. 1918, motifs (S. 1920.1.213).

(5) Civ. 17 juin 1911 (D. P. 1912.1.150).

Il semble même qu'il n'est pas jusqu'à la faculté acccordée parfois au demandeur de choisir entre plusieurs tribunaux également compétents qui ne devienne l'occasion d'un abus et qui ne puisse donc entraîner une sanction dans le cas où elle est exercée dans un sens particulièrement préjudiciable au défendeur et sans profit ni avantage pour le demandeur (1). Nous voyons ici réapparaître l'idée déjà indiquée en étudiant le droit de propriété que c'est commettre une faute que de choisir, entre plusieurs manières d'exercer son droit et sans aucun intérêt légitime, celle qui sera préjudiciable à autrui (2).

52. — *Abus commis à l'occasion des voies de recours.* — L'abus est ici à double sens ; tantôt, et le plus souvent, il réside dans l'usage immodéré ou intempestif des voies de recours, ordinaires ou extraordinaires ; il se présente alors sous un aspect positif ; tantôt, et bien plus rarement, il est caractérisé par des manœuvres tendant à enlever à l'adversaire le bénéfice de ces moyens de droit, et il affecte alors un caractère négatif.

53. — Sous son *aspect positif*, l'abus est admis et sanctionné par une foule de décisions qui, dans leur ensemble, constituent une jurisprudence bien ordonnée et connue de tous. C'est fréquemment que la Cour de cassation a eu l'occasion de proclamer que si le droit d'interjeter *appel*, dans les limites et aux conditions fixées par la loi, est une prérogative respectable et légitime, ce n'est cependant pas un droit absolu ; l'appel *vexatoire*, ou *malveillant* ou *frustratoire*, ou même simplement *téméraire* doit être considéré comme abusif ; sans doute, il a été valablement formé, puisque les conditions

(1) Toulouse, 12 juill. 1823 (*Jur. gén.*, v° Degrés de juridiction, n° 381).

(2) *Suprà*, n° 27 ; SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, 6e éd., t. I, n° 439.

mises par la loi à son exercice ont été par hypothèse satisfaites, mais sa mise en train est entachée d'une faute qui engage la responsabilité de l'auteur de l'abus (1). Il semble que l'*opposition* se prête moins volontiers à un pareil traitement, car il est plus difficile de reprocher à un plaideur de vouloir être jugé contradictoirement que de lui faire grief de saisir successivement deux juridictions, la deuxième contrôlant la première : la décision rendue contradictoirement par les juges de première instance se suffit à elle-même ; elle est, par elle-même, la pleine justice ; mais le jugement rendu sur le défaut de l'un des plaideurs — et particulièrement sur le défaut faute de comparaître, le seul dont la possibilité subsiste, depuis qu'un décret-loi du 30 octobre 1935, modifiant le code de procédure (art. 154 *bis*), a décidé que les jugements rendus sans que le défendeur ait conclu sont réputés contradictoires — a un caractère incomplet qui rend légitime, sauf dans des cas véritablement exceptionnels, la prétention du défaillant à être jugé contradictoirement. Cette considération explique sans doute la pauvreté de nos recueils de jurisprudence sur la question, alors que les abus d'appel ont été maintes fois enregistrés et sanctionnés par les différents ordres de juridictions. Mais la chambre des requêtes a eu l'occasion de déclarer abusive l'opposition faite à un arrêt de défaut intervenu au cours d'une procédure en séparation de corps, alors que cette voie de recours n'avait été utilisée que dans le but d'éterniser l'instance et de retarder la solution définitive : dilatoire, vexatoire et entachée de mauvaise foi, une telle opposition justifiait, par les circonstances dans lesquelles elle avait été formée, une condamnation de son auteur à des dommages-intérêts (2).

(1) Req. 27 mai 1884 (D. P. 1884.1.437, rapport LEPELLETIER ; 22 avr. 1898 (D. P. 1898.1.391) ; 22 janv. 1900 (D. P. 1900.1.159) ; Civ. 20 juin 1904 (D. P. 1906.1.476) ; Req. 15 avr. 1908 (D. P. 1908.1.423) ; Paris, 24 févr. 1920 (D. P. 1920.2.104).

(2) Req. 10 mai 1937 (D. P. 1937.1.82 ; S. 1938.1.20). — V. sur un cas un peu différent et au sujet de l'opposition faite par le défen-

La même chambre a fait application de la même théorie de l'abus des voies de droit à une voie de recours extraordinaire, la *requête civile* (1) ; la solution s'appuie d'ailleurs ici sur un texte formel, l'article 500 du Code de procédure.

54. — Quant *au côté négatif* du problème, il a été abordé et résolu par la Cour de cassation à l'occasion d'une demande en divorce introduite sournoisement par un mari qui avait pris auparavant la précaution d'éloigner sa femme pour de prétendues raisons de santé. Il espérait, de cette façon, avoir le champ libre et pouvoir mener plus facilement, sans encombres et de bout en bout, la procédure de divorce. De fait, il obtint un jugement rendu par défaut ; mais il arriva que la défenderesse sans le savoir eut vent de cette machination savante et qu'elle prétendit faire opposition. A quoi le mari objecta que les délais impartis par la loi pour l'exercice de cette voie de recours étaient expirés depuis longtemps. Cependant, la cour de Dakar déclara l'opposition recevable, étant donné que la défenderesse avait été victime d'agissements dolosifs par quoi elle avait été placée dans l'impossibilité de formaliser son opposition en temps utile ; et la Cour de cassation approuva cette décision (2). Les délais de procédure eux-mêmes fléchissent donc devant l'abus des droits qui reçoit ici la sanction la plus adéquate et la plus satisfaisante qui se puisse imaginer, puisque d'ordre à la fois sanctionnateur et préventif.

deur à l'exécution d'un jugement intervenu contre lui : Req. 9 juill. 1884 (D. P. 1885.1.392).

(1) Req. 17 janv. 1933 (D. H. 1933.116) : aux termes de l'art. 500 c. pr. « Le jugement qui rejettera la requête civile condamnera le demandeur à l'amende et aux dommages-intérêts ci-dessus fixés, *sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu.* » Il dépend donc du juge du fond, pourvu qu'il relève le caractère vexatoire de la procédure, de condamner celui qui l'a engagée à des dommages-intérêts qui viennent se superposer et à l'amende de trois cents francs et aux dommages-intérêts de cent cinquante francs, visés dans l'art. 494 c. pr.

(2) Req. 2 juin 1923 (S. 1923.1.375). Comp. Req. 7 févr. 1933 (D. H. 1933.145).

Il est d'ailleurs à penser que cette fonction dévolue à la théorie de l'abus jouera moins souvent que par le passé, car la fraude qu'elle suppose fait courir à qui la commet des risques trop lourds depuis l'intervention de la loi du 13 avril 1932 *réprimant la fraude en matière de divorce ou de séparation de corps*, dont l'article unique frappe d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 100 francs à 10.000 fr., ou de l'une de ces deux peines seulement, « *quiconque aura, par des manœuvres dolosives ou de fausses allégations, tenu ou tenté de tenir son conjoint dans l'ignorance d'une procédure de divorce ou de séparation de corps dirigée contre lui...* » (1) Le droit pénal vient ici, une fois de plus, au secours du droit civil et il y a lieu de croire que son intervention aura pour effet de raréfier la fraude ainsi énergiquement réprimée, de même que les pénalités instituées, au cas de non-représentation d'enfants, par la loi du 5 décembre 1901, ont rendu plus rare la commission de ce dernier délit au cours ou à la suite d'une instance en divorce ou en séparation de corps : de tels systèmes répressifs jouent le rôle, par le climat d'intimidation qui s'en dégage, de véritables mesures préventives ; l'acte illégal ou l'acte abusif reculent devant le traitement sévère dont ils sont l'objet et l'intervention du législateur rend plus légère la tâche du juge.

55. — *Abus commis dans les mesures d'exécution.* — Bien qu'un créancier puisse, en principe et théoriquement, saisir à sa volonté les biens de son débiteur, sans être astreint à suivre un ordre déterminé ou des convenances particulières, il arrive cependant que sa méthode de réalisation devienne abusive pour des raisons similaires à celles qui vicient la production des droits devant les tribunaux, raisons tirées soit de la mentalité du poursuivant qui multiplie les saisies dans un but vexatoire afin de causer des désagréments au

(1) Sur cette loi. V. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif*, t. I, nos 936 et 989.

saisi et de compromettre son crédit (1), ou qui pratique inutilement une saisie-arrêt alors qu'il aurait pu sauvegarder ses droits en retenant par devers lui une somme qu'il devait lui-même remettre au saisi (2), ou qui par une mesure injustifiée, provoque la mise en liquidation judiciaire de son débiteur (3), ou qui vise à exercer une pression décisive sur sa victime afin de lui arracher des avantages auxquels il n'a pas droit (4) ; ou qui agit légèrement, témérairement (5) ; soit de la disproportion existant entre l'étendue de la saisie et ses causes, le poursuivant ayant placé sous la main de justice toute la fortune immobilière (6) ou plusieurs immeubles (7) ; ou toute une série de valeurs de son débiteur qui ne lui est cependant redevable que d'une somme modique (8) ; soit encore de son attitude au cours de la procédure, comme s'il élève un contredit au cours d'une distribution par contribution, sans pouvoir invoquer à l'appui de la création de cet incident aucun intérêt plausible (9), ou s'il oppose à une tentative d'ordre amiable un refus contraire à l'équité (10). Il est à retenir que, dans ces deux dernières séries d'hypothèses, comme d'ailleurs dans d'autres encore, l'abus existe indépendamment de toute mauvaise foi, de toute intention de nuire chez le poursuivant, et par cela seul que le poursuivant a commis une faute suffisamment caractérisée (arrêt précité du 3 nov. 1931).

(1) Req. 26 déc. 1893 (D. P. 1895.1.529) ; Req. 14 janv. 1930 (D. H. 1930.114) ; Paris, 10 janv. 1938 (D. H. 1938.204).
(2) Req. 20 mars 1929 (S. 1930.1.45).
(3) Montpellier, 18 mars 1930 (D. P. 1930.2.145, note J. Percerou, S. 1930.2.105, note Hémard).
(4) Demolombe, *Traité des contrats*, t. I, nº 148. Cet auteur prévoyait déjà le cas où les voies d'exécution, transformées en « instruments de violence », seraient détournées de leur destination.
(5) Req. 30 juill. 1884 (D. P. 1885.1.448) : l'allocation de dommages-intérêts peut être fondée sur le préjudice causé au défendeur par une saisie *téméraire*.
(6) Trib. civ. Rethel, 8 juin 1904 (D. P. 1907.2.199).
(7) Civ. 3 nov. 1931 (D. H. 1931.556).
(8) Paris, 26 juil. 1919 (D. P. 1920.2.104).
(9) Civ. 5 juill. 1911 (D. P. 1912.1.513, note de Loynes).
(10) Trib. civ. Chaumont, 17 déc. 1859 (S. 1868.2.353) ; Grenoble, 10 avr. 1869 (S. 1869.2.232).

56. — Il n'est pas sans intérêt de noter aussi que des mesures d'ordre conservatoire peuvent, à raison des circonstances dans lesquelles elles interviennent, revêtir elles-mêmes un caractère abusif ; notamment, le voiturier qui, en cas de refus ou de contestation lors de la présentation des objets transportés, provoque une expertise judiciaire dans les termes de l'article 106 du code de commerce, use d'un droit certain, mais susceptible de motiver une condamnation à des dommages-intérêts en cas de malice, de mauvaise foi, ou, tout au moins, d'erreur grossière équipollente au dol (1). Plus généralement, le créancier qui recourt à une saisie conservatoire, non afin de conjurer le détournement du bien saisi, mais dans le but d'exercer une pression sur le débiteur, commet un abus, un détournement de son droit ; car les saisies de ce genre sont des mesures de sûreté et non point des actes comminatoires (2).

57. — Le système aménagé par notre jurisprudence s'est ainsi constitué et développé avec une continuité de vues et une sûreté de touche extrêmement remarquables : la distinction s'est rapidement établie et précisée entre l'exercice correct et l'exercice abusif des voies de droit, le premier seul étant licite, comme adéquat à l'esprit de l'institution, tandis que le deuxième engage la responsabilité du plaideur, du plaignant ou du saisissant et détermine l'application de certaines sanctions. Système juridique autant que moralisateur ; il serait intolérable que les moyens mis à notre disposition pour nous permettre d'obtenir justice pussent être mis au service de la violence, de la rapine ou du dol et que le droit fût ainsi violé et vaincu par ses propres armes, utilisées à fin d'effraction.

Or, il est remarquable que presque toutes les décisions

(1) Civ. 4 mars 1914, motifs (D. P. 1916.1.143 ; S. 1916.1.63). V. L. JOSSERAND, *Les transports*, 2e éd., nº 497. Pour la saisie abusive en droit industriel et à propos d'une prétendue contrefaçon, V. Req. 10 juill. 1911 (S. 1911.1.171) et Civ. 23 juin 1930 (D. H. 1930.442).

(2) Rabat, 31 déc. 1935 (*Rec. Rabat*, 1936, p. 430).

intervenues dans cet ordre d'idées fassent appel, soit nettement, soit même expressément, à la notion de l'abus. Et, sur ce point, la doctrine coïncide avec notre jurisprudence, car elle emploie la même terminologie ; les auteurs présentent les limitations apportées par nos tribunaux au droit d'agir en justice, et, plus généralement, d'exercer les voies légales, comme des applications typiques de la théorie de l'abus (1). Cependant, M. Ripert, se séparant sur ce point et de la doctrine et de la jurisprudence, n'admet pas qu'on puisse parler ce langage et se refuse à rattacher à la notion de l'abus la condamnation à des dommages-intérêts prononcée contre le plaideur malicieux ou chicanier (2), réserve faite d'une hypothèse exceptionnelle et presque invraisemblable (3). Le savant auteur base son opinion sur cette seule considération que nos tribunaux « ne visent pas seulement ici l'intention dolosive, mais aussi la faute, et on a beau dire que la faute grossière est équipollente au dol, ce n'est là qu'une formule commode pour expliquer l'équivalence des résultats, car il y a une différence radicale entre le dol et la faute même inexcusable (4) ». L'exactitude de cette observation est certaine mais nous ne voyons pas en quoi elle est inconciliable avec le point de vue doctrinal et jurisprudentiel, ou alors il faudrait limiter la notion de l'abus à celle de l'intention dolosive ; mais nous savons déjà et nous démontrerons plus complètement que la jurisprudence se fait de l'exercice abusif des droits une conception autrement compréhensive et d'après laquelle des

(1) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 10e éd. avec la collaboration de G. RIPERT, t. II, nº 872 ; COLIN et CAPITANT, 4e éd., t. II, p. 584 ; G. CORNIL, *Le droit privé*, p. 111 ; BRÈTHE, note S. 1925.1.217.

(2) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, nº 96.

(3) Cette hypothèse est celle d'un défendeur qui, ayant à sa disposition un moyen décisif, surseoit à le faire valoir, intentionnellement et par malice, dans le but de ruiner son adversaire par les frais du procès. Ce plaideur cruel triomphera, mais M. Ripert admet contre lui la possibilité d'une condamnation à des dommages-intérêts pour cause d'abus. Nous n'en disconvenons pas, mais nous ne voyons pas en quoi cette sorte de guet-apens se différencie des autres procédés malicieux auxquels l'auteur entend l'opposer.

(4) RIPERT, *op. cit., loc. cit.*

actes simplement imprudents, injustifiés, téméraires ou maladroits peuvent eux-mêmes revêtir un aspect abusif (1) : en réalité, nul terrain, mieux que celui de l'utilisation des voies légales, n'était propice à l'éclosion et au développement d'une théorie dont le sens profond est de faire prévaloir l'esprit de l'institution, d'assurer le triomphe de la justice sur la légalité stricte, donc et tout particulièrement sur les voies de droit, instruments indifférents et redoutables de cette légalité.

58. — On peut donc considérer que l'accord est réalisé sur le principe : l'exercice des voies légales est susceptible de revêtir un caractère abusif qui entraînera une sanction consistant normalement dans une condamnation à des dommages-intérêts mis à la charge de l'auteur de l'abus et venant se superposer, dans l'immense majorité des cas, et à la perte du procès et aux dépens de l'instance. Mais ce principe ne contient pas à lui seul toute la solution du problème ; il en constitue plutôt l'énoncé, car il fait surgir aussitôt la réelle difficulté du sujet, celle qui s'attache à la détermination de la notion d'abus ainsi dégagée : dans quels cas et à quelles conditions cet abus des voies légales existe-t-il ? Où en découvrir les éléments constitutifs ?

59. — *Des éléments constitutifs de l'abus des voies de droit et spécialement de l'abus du droit d'agir en justice.* — Nous rencontrons ici des difficultés, des flottements et même, semble-t-il, des conflits internes de jurisprudence : deux conceptions paraissent se disputer les préférences de nos tribunaux, voire même celles de la Cour suprême, dont les affirmations rendent un son différent selon qu'elles émanent de la chambre civile ou de la chambre des requêtes.

La chambre civile limite le concept de l'abus au cas où le plaideur a agi méchamment, de mauvaise foi, malicieusement et à celui où il a commis une erreur tellement grossière

(1) *Infrà*, nos 280 et s.

qu'elle devient équipollente au dol ; à son avis, du moins si l'on prend à la lettre les formules de style qui figurent dans ses arrêts, la faute simple, commise par imprudence, par légèreté, par témérité, ne suffirait pas à engager la responsabilité de son auteur.

Déjà, en 1882, la chambre civile avait cassé un arrêt par lequel la cour de Rennes avait admis l'existence de l'abus sans avoir relevé des faits caractéristiques de la mauvaise foi ou de la faute lourde : l'exercice du droit d'agir en justice, affirmait-elle à cette occasion, « ne pourrait devenir une faute qu'autant qu'il constituerait *ou un acte de malice et de mauvaise foi, ou du moins un acte d'erreur grossière équipollente au dol* (1) ». Et, quelques années plus tard, elle faisait le même sort à un jugement du tribunal civil de Nantua (2), puis à un arrêt par lequel la cour de Paris avait accordé des dommages-intérêts au défendeur « sans établir, soit explicitement, soit implicitement, que l'action avait été introduite et suivie *méchamment et de mauvaise foi* » (3). Puis, ce sont encore deux arrêts du 15 mars et du 7 juillet 1910 qui exigent, l'un pour la demande en justice, l'autre pour la défense, « *un acte de malice ou de mauvaise foi, ou, au moins, une erreur grossière équipollente au dol* » (4). Même langage dans l'arrêt déjà cité du 4 mars 1914, rendu à l'occasion du recours à l'expertise organisée, au profit du voiturier, par l'article 106 du code de commerce (5), ainsi que dans la décision du 20 novembre 1918 intervenue sur le défaut de comparution d'un défendeur régulièrement appelé en justice (6). Et surtout, il faut citer comme particulièrement caractéristiques dans le même sens, parce que précis et non pas seulement énonciatifs, l'arrêt du 29 octobre 1913 qui, après avoir formulé le critérium habituel,

(1) Civ. 14 août 1882 (D. P. 1883.1.255).
(2) Civ. 7 déc. 1885 (D. P. 1886.1.207).
(3) Civ. 11 juin 1890 (D. P. 1890.1.324).
(4) D. P. 1913.1.43.
(5) V. *suprà*, nº 50.
(6) *Suprà*, nº 56.

décide que la cour d'Alger avait mal jugé lorsqu'elle avait infligé à un plaideur une condamnation à des dommages-intérêts en se fondant exclusivement sur « sa résistance injustifiée dans l'instance actuelle », laquelle durait cependant depuis sept années (1) ; et celui du 8 juin 1926 qui a cassé un arrêt de la cour de Bastia pour des raisons identiques (2).

Suivant l'observation du conseiller Lepelletier, la chambre des requêtes est moins exigeante ; « elle ne tient plus la méchanceté, la mauvaise foi, la malice, le dol comme condition nécessaire de la faute (3) » ; elle se contente d'une faute simple : le plaideur qui oppose une résistance injuste, opiniâtre, à une demande évidemment légitime, l'appelant qui a saisi la juridiction du second degré témérairement, imprudemment, commettent un abus des voies légales et engagent donc leur responsabilité.

La chambre des requêtes a eu fréquemment l'occasion de faire application de cette conception plus large de l'abus, soit au plaideur qui oppose une « résistance indue » aux légitimes prétentions de son adversaire (4), soit à celui qui introduit une demande « inconsidérée », n'ayant pas un caractère « sérieux » (5), soit encore au plaignant, du moment que ses griefs étaient évidemment « mal fondés », et qu'il a agi « sans motif légitime » (6) ; toutes solutions se rattachant exactement à cette idée « que si, en thèse générale, la partie qui gagne son procès ne peut obtenir contre son adversaire que les frais de l'instance, il en est autrement lorsque les agissements de celui-ci constituent une faute ayant causé un préjudice (7) ». Comme le remarque le conseiller Lepelletier dans le rapport

(1) Civ. 29 oct. 1913 (D. P. 1917.1.196).
(2) Civ. 8 juin 1926 (S. 1926.1.252).
(3) Rapport LEPELLEPIER, D. P. 1884.1.437, notamment, 439, col. 1.
(4) Req. 27 mai 1884 (D. P. 1884.1.437).
(5) Req. 14 déc. 1903 (S. 1905.1.223) ; 29 nov. 1905 (S. 1906.1.229).
(6) Req. 23 janv. 1912 (S. 1912.1.316).
(7) Req. 15 avr. 1908 (S. 1909.1.206). — Comp. Req. 2 mars 1926 (D. H. 1926.253).

ci-dessus mentionné (1), la divergence des points de vue auxquels se placent les deux chambres ressort avec une particulière évidence du rapprochement de deux arrêts par elles rendus le même jour : tandis que la chambre civile cassait une décision parce qu'elle avait alloué des dommages-intérêts alors « qu'aucune mauvaise foi n'était alléguée dans l'exercice de l'action en nullité », la chambre des requêtes rejetait un pourvoi formé contre une décision qui avait accordé une indemnité à la victime d'un appel simplement téméraire : les deux opinions en présence s'affrontaient ainsi avec un relief que la simultanéité des affirmations rendait plus saisissant encore (2).

60. — Un moment, on aurait pu croire que ce relief allait en s'atténuant, la chambre des requêtes s'appropriant à l'occasion la formule restrictive de la chambre civile, tandis que celle-ci semblait parfois se contenter de la faute simple, pourvu que l'existence en fût suffisamment établie. C'est ainsi qu'il lui est arrivé de casser des arrêts pour cette raison que les cours d'appel dont ils émanaient n'avaient relevé « aucun fait constitutif d'aucune faute » commise par le plaideur à qui ils n'avaient pas non plus reproché d'avoir agi méchamment ou de mauvaise foi, laissant ainsi clairement entendre que l'abus des voies de droit résulte soit de l'intention de nuire, soit aussi, et indépendamment de cette intention, d'une faute simple (3) ; ainsi encore, que, dans l'arrêt précité du 5 juillet 1911 et à propos de l'attitude d'un créancier au cours d'une procédure en distribution de deniers, cette même chambre a admis l'existence d'un abus alors que la partie contredisante ne semblait pas avoir agi avec malveillance mais seule-

(1) D. P. 1884.1.439, col. 1.

(2) Ces deux décisions ont été rendues à la date du 14 août 1882 — V. D. P. 1883.1.255 et le rapport précité de M. LEPELLETIER, *loc. cit.*

(3) Civ. 12 déc. 1878 (D. P. 1879.1.125) ; 28 déc. 1881 (D. P. 1883.5.154).

ment en dehors de tout intérêt (1) ; ainsi enfin, à propos il est vrai de formalisme administratif et non plus des voies légales proprement dites, qu'elle a découvert un abus dans un acte émanant de la caisse des dépôts et consignations et qui, exempt de malveillance, était simplement vexatoire, par l'excès même du formalisme qu'il impliquait (2).

En présence de ces divergences, on pouvait se demander comme nous l'avons fait dans la première édition de cet ouvrage, si vraiment les jurisprudences des chambres civile et des requêtes s'opposaient l'une à l'autre, ou s'il ne fallait pas y voir les affirmations nuancées et flottantes d'une thèse unique, quant au fond. Notre Cour de cassation, qui entend faire œuvre pratique et qui se montre, en toute circonstance, extrêmement prudente — et qui a bien raison de se montrer telle, étant donnée l'autorité souveraine de ses décisions — ne rend pas volontiers des arrêts de principe ; elle ne se résout à le faire qu'à toute extrémité ou bien en toute sécurité ; les motifs de ses arrêts sont ordinairement rédigés en vue et en fonction de l'espèce à l'occasion de laquelle elle a été saisie ; ils ne visent pas à l'universalité ; ils n'ont rien et ils ne peuvent rien avoir de réglementaire ; et c'est bien pourquoi il faut se garder de les analyser et de les disséquer comme on ferait pour un texte législatif ; il convient de les entendre non seulement selon la question en jeu, *secondum subjectam materiam*, mais aussi selon les faits de la cause, selon l'espèce. Sans doute, la Cour suprême n'est point juge du fait, mais elle contrôle du moins l'adaptation du droit au fait, l'un étant inséparable de l'autre et n'ayant point de signification effective sans lui.

Cette vue reçoit une confirmation puissante de la lecture de certains arrêts dans lesquels les deux opinions contradictoires voisinent et s'entremêlent. On commence par observer que le plaideur était de mauvaise foi, d'après la constatation

(1) Civ. 5 juill. 1911 (D. P. 1912.1.513, note DE LOYNES).
(2) Civ. 29 janv. 1920 (S. 1923.1.319).

faite par la cour d'appel ; après quoi, semblant s'élever au-dessus des faits du procès, la chambre des requêtes conclut que ce plaideur a donc commis une faute qui justifie sa condamnation à des dommages-intérêts : dans la prémisse du raisonnement, c'est la mauvaise foi qui est visée uniquement et la décision pourrait donc être contresignée par la chambre civile ; mais, dans la conclusion qu'elle en tire, la chambre des requêtes fait état de la faute tout court (1).

On pouvait ainsi, à l'extrême rigueur, réduire à d'infimes proportions, à des proportions verbales, la divergence apparente que présentaient les doctrines des deux chambres (2).

Mais, dans ces dernières années, la doctrine de la chambre civile s'est affirmée avec une continuité et une fermeté telles que cette tentative de conciliation est devenue à peu près impossible ; à toute occasion, cette chambre, reprenant une formule devenue de style judiciaire, proclame que l'exercice d'une action en justice ne dégénère « en abus coupable », « en faute donnant lieu à des dommages-intérêts », que « s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou tout au moins une erreur grossière équipollente au dol » (3) ; et l'abus de la défense en justice est soumis au même gabarit ; comme l'action, elle ne peut donner lieu à réparation que si elle se ramène à un acte malicieux ou de mauvaise foi, ou, du moins, si elle implique une erreur grossière équipollente au dol (4).

(1) Req. 23 févr. 1920 (S. 1921.1.265). — Comp. Civ. 7 déc. 1885 (D. P. 1886.1.207). Dans ce dernier arrêt, la chambre civile, après avoir posé le principe que l'exercice des voies légales ne peut devenir fautif que s'il constitue « un acte de malice et de mauvaise foi, ou au moins un acte d'erreur grossière, équipollente au dol », casse un jugement du tribunal civil de Nantua parce qu'il avait condamné un plaideur à des dommages-intérêts sans relever « ... aucun acte de malice, de mauvaise foi *ou même de faute propre à justifier son appréciation* ». V. aussi Req. 29 juin 1926 (S. 1926.1.294). On retrouve dans cette décision, le même conflit apparent entre les motifs et le dispositif.

(2) *Sic*. H. et L. Mazeaud, t. I, nº 591 ; Demogue, *Obligations*, t. IV, nº 635, p. 321.

(3) V. Civ. 17 févr. 1937 (D. H. 1937.221) ; 22 mars 1937 (D. H. 1937.301).

(4) Civ. 22 mai 1935 (*Bull. cass. civ.* 1935, p. 162).

Loin de renoncer à ses positions, la chambre civile les consolide et s'y maintient sans défaillance, de telle sorte que l'opposition dénoncée par le conseiller Lepelletier entre les deux chambres s'affirme avec plus de force et d'évidence que jamais.

61. — Dans ce conflit intestin, nos préférences vont délibérément à la thèse de la chambre des requêtes : 1° parce qu'elle cadre seule avec les principes généraux en matière de responsabilité ; la faute simple possède, en règle générale, la même force obligationnelle que le dol, l'article 1382 du code civil ne distinguant pas entre le fait de l'homme simplement fautif et l'acte malicieux ou malveillant, mais l'article 1383 mettant au contraire la négligence ou l'imprudence sur la même ligne que le fait actif et volontaire ; la thèse de la chambre civile introduit arbitrairement des distinctions là où le législateur n'a point voulu en établir et où il affirme son intention de n'en point établir ; elle distingue des nuances là où le code civil a voulu réaliser l'unité ; 2° ces nuances sont d'ailleurs plus nombreuses encore qu'on ne le supposerait de prime abord ; car la chambre civile semble bien limiter sa doctrine à la demande et à la défense en justice, pour l'abandonner en ce qui concerne d'autres voies de droit ; c'est ainsi que l'appel revêt un caractère abusif, aussi bien pour la chambre civile que pour la chambre des requêtes, du moment qu'il est « *téméraire* » ; or, il ne semble pas que la témérité soit toujours et indistinctement constitutive d'une faute lourde : une telle « équipollence » serait injustifiable ; le plaideur audacieux est un tout autre homme que le plaideur malveillant et malicieux ; et surtout, c'est ainsi que la chambre civile abandonne délibérément son critère de principe lorsqu'elle a à apprécier des mesures d'exécution dont elle proclame le caractère abusif du moment que celui qui y a eu recours a simplement manqué de prudence. L'opposition est nettement établie à cet égard par un

arrêt dans lequel la chambre déclare que : « si l'exercice d'une action devant les tribunaux ne devient une faute qu'autant qu'il constitue un acte de malice ou une erreur grossière, la saisie, bien qu'autorisée en vue de la preuve en matière de contrefaçon, n'est qu'une mesure facultative pour celui qui use de son droit d'agir en justice et à laquelle, par conséquent, il ne doit recourir qu'avec prudence et à ses risques » (1). Ainsi, tandis que l'immunité serait assurée au demandeur ou au défendeur d'une action en justice, réserve faite de sa malveillance ou de sa faute énorme, le créancier qui recourt aux voies d'exécution répondrait de ses moindres imprudences et agirait à ses propres risques et périls ; qui ne voit que cette opposition, qui ne trouve de base ni dans les textes, ni dans la raison, est complètement arbitraire et qu'elle suffirait, à elle seule, à condamner tout le système auquel elle se rattache ? ; 3° enfin, ce système comporte l'assimilation de la faute lourde au dol, c'est-à-dire de deux notions d'essence très différente, qui ne sauraient être ramenées, ni psychologiquement, ni moralement, l'une à l'autre ; à cet égard, il revêt un caractère archaïque qui ne résiste pas à l'examen ; de plus en plus, en législation récente, la faute lourde se distingue à la fois de la faute simple et du dol entre lesquels elle occupe une situation intermédiaire (V. L. Josserand, t. II, 3e éd. nos 612 *bis* et suiv. ; note D. P. 1933, 1, 49).

Nous aurons, dans la troisième partie de cette étude (2) à reprendre l'examen de cette controverse qui divise les deux chambres civiles de la Cour de cassation et qui ne présente d'ailleurs pas toute l'importance pratique qu'on serait d'abord tenté de lui attribuer : il dépendra toujours des juges du fond de retenir la responsabilité de l'usager des voies de droit en considérant que la faute qu'il a commise est à considérer comme lourde, et, par conséquent, équipollente au dol. Cependant, il est bon d'observer, à cet égard, que la Cour de

(1) Civ. 23 juin 1930 (D. H. 1930.442).
(2) *Infrà*, n° 285.

cassation, depuis un certain temps, se réserve le contrôle de la faute, non seulement quant à son existence, mais aussi quant à son degré de gravité et en ce qui concerne sa qualification (1). La question que nous venons d'examiner est donc bien réellement une question de droit et non pas seulement une discussion portant sur des appréciations de fait, abandonnées aux lumières des seuls juges du fond.

62. — *Récapitulation*. — Si maintenant nous comprimons les développements qui précèdent, de façon à en extraire l'essence même, nous aboutissons également à des conclusions symétriques, pour ne pas dire identiques, à celles auxquelles nous a conduit le droit de propriété ; car nous distinguons nettement, dans le domaine des voies légales comme nous l'avons fait dans celui de la propriété foncière, les trois catégories des actes *illégaux*, des actes *fautifs*, et notamment, *abusifs*, en fin des actes *excessifs* dans leurs conséquences.

1° Les actes *illégaux* sont ceux qui ont été accomplis en dehors, et pour ainsi dire en marge des prescriptions légales ; en y procédant, le plaideur ou le saisissant a dépassé les limites objectives de son droit ; il est en état d'infraction avec la légalité. Par exemple, il a formé appel d'une décision alors que les délais étaient expirés ; ou bien il a pratiqué une saisie alors qu'il n'était pas muni d'un titre exécutoire ou il saisit un bien qui n'appartient pas à son débiteur (2). Dans ces conditions, sa défaite est certaine, si pures qu'aient été ses intentions : il a manqué à la règle du jeu ; il doit perdre la partie ; il encourra des sanctions, dans tous les cas.

2° Les actes *fautifs*, et, plus spécialement, *abusifs*, sont ceux qui ont été accomplis dans les termes de la loi, confor-

(1) Sur l'état actuel de la jurisprudence et l'évolution qu'elle a marquée, V. G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, 1929, nos 127 et s. ; H. et L. Mazeaud, t. III, n° 2228 ; Civ. 15 avr. 1873 (D. P. 1873.1.262) ; 15 janv. 1929 (D. H. 1929.204) ; 29 juin 1932 (D. H. 1932.508).

(2) Trib. civ. Montpellier, 26 mai 1882 (D. P. 1883.3.87).

mément à la règle du jeu, mais dans un esprit qui n'est point celui de l'institution. C'est un plaideur qui agit par esprit de chicane, ou avec une témérité coupable, ou encore qui poursuit la satisfaction d'un but illégitime, inavouable. La voie légale est alors détournée de sa destination ; et si, dans la fausse direction qui lui a été imprimée, elle cause un préjudice à autrui, mais dans ce cas là seulement, la responsabilité de ce plaideur malveillant, léger, téméraire ou malhonnête sera engagée envers sa victime. Ce n'est pas pour faire la guerre à notre prochain que les voies de droit nous sont ouvertes ; ni même pour que nous les utilisions à la légère et comme en nous jouant, mais bien pour nous assurer la protection effective de nos intérêts légitimes et de notre personnalité.

3° Enfin, les actes *excessifs* sont ceux qui, accomplis dans les limites objectives tracées par la loi et pour des raisons valables, causent cependant à un tiers un préjudice qu'il serait injuste de lui faire supporter définitivement ; ce sont les actes productifs de risques qui sont susceptibles d'engendrer, à ce titre, une responsabilité objective à la charge de leur auteur, de leur éditeur : c'est par application de cette idée que les dépens de l'instance sont mis, en thèse générale, à la charge de la partie perdante (1), et surtout que l'exécution d'une décision susceptible d'être anéantie par une voie de recours, n'a lieu, malgré son incontestable légitimité et sa moralité irréprochable, qu'aux « risques et périls » du poursuivant (2).

Comme nous l'avons fait pour la propriété, nous dirons que les actes de la première catégorie sont incorrects en eux-mêmes et intrinsèquement ; ceux de la deuxième le deviennent par la discordance qui existe entre l'esprit de l'institution et le but poursuivi par le plaideur ou le saisissant ; ceux de la troisième, irréprochables en eux-mêmes et, dans leur genèse

(1) *Suprà*, n° 42.
(2) *Suprà*, n° 43.

comme dans leur finalité, sont cependant générateurs de responsabilité parce qu'ils ont déterminé un dommage exceptionnel dont l'incidence doit être modifiée, à peine d'injustice : « qui casse les verres les paie », même s'ils ont été cassés légalement, correctement, car nos droits ont pour limites les droits également respectables d'autrui.

Ce sont les actes ressortissant à la deuxième catégorie qui peuvent être constitutifs de l'abus des voies légales.

CHAPITRE IV

LES PUISSANCES FAMILIALES

63. — Le groupe familial ne peut exister et prospérer, à l'exemple de toute autre communauté sociale, s'il n'est pourvu d'organes à la fois représentatifs et directeurs qui le personnifient et qui le gèrent et auxquels sont dévolus, à cette fin, des pouvoirs effectifs, au premier rang desquels figurent ou figuraient la puissance paternelle, la puissance maritale, et, sur un plan plus reculé, l'autorité tutélaire ainsi que les pouvoirs dévolus au mari comme administrateur de la communauté et de la fortune de sa femme.

Pouvoirs nécessaires à la fois et redoutables puisque, conformément à une loi inéluctable, ils sont exercés par les forts sur les plus faibles, par des personnes pleinement capables sur les individus dont la capacité juridique n'est point entière ; pouvoirs qui ne sauraient donc, sans péril, être absolus et qui doivent comporter, dans l'intérêt du groupe ethnique comme dans celui des êtres sur lesquels ils portent, des limites nombreuses, les unes objectives qui sont formulées dans des instruments législatifs et sous une forme précise, les autres subjectives et qui sont représentées, en thèse générale, par le contrôle de l'autorité judiciaire et le concept de l'abus des droits, celui-ci inséparable de celui-là.

64. — Sans doute, cette conception limitée et relative des puissances familiales n'est pas née en un jour et ce n'est pas

du premier effort que les peuples y sont parvenus ; chacun sait que, dans l'ancienne Rome, les pouvoirs domestiques affectaient la figure juridique de véritables *dominia*, c'est-à-dire de rapports unilatéraux, dans lesquels tous les droits étaient d'un côté, tous les devoirs de l'autre ; c'était bien là des puissances, dans la pleine acception de ce mot.

Le progrès a consisté à faire, de ces pouvoirs absolus et unilatéraux, des droits relatifs et réciproques, à contenu limité ; et surtout à les sortir de l'abstraction, à les causer, à leur attribuer une finalité juridique et à identifier cette finalité avec les intérêts de l'incapable, et non avec ceux du titulaire qui ne saurait désormais, sans commettre un abus, agir dans son propre intérêt et faire sienne une prérogative qui lui a été conférée en vue d'une fin étrangère à son individualité.

Ce fut là l'œuvre lente des siècles ; les Romains la commencèrent ; nos anciennes coutumes la poursuivirent de leur côté et la réalisèrent avec plus de spontanéité ; il appartenait au législateur et surtout à notre jurisprudence modernes de la pousser jusqu'à ses conséquences logiques, et c'est ce dernier stade de l'évolution que nous nous proposons de décrire, au moins pour la puissance paternelle et la puissance maritale qui, par leur intensité originelle et leur force d'expansion, appelaient plus particulièrement l'intervention de ce freinage social que constitue l'abus des droits ; au sujet de l'autorité tutélaire et des pouvoirs d'administration du mari, nous nous limiterons au rappel de quelques solutions qui se trouvent dans un étroit rapport avec la théorie de l'abus.

§ 1. — La puissance paternelle.

65. — L'histoire de la puissance paternelle, depuis le très ancien droit romain jusqu'à nos jours, se confond avec celle de la théorie de l'abus des droits : la plupart des atténuations apportées aux pouvoirs du père au cours des siècles sont

autant de succès remportés par le concept de l'abus qui a trouvé, dans la *patria potestas*, un milieu de culture singulièrement propice à ses réactions incessantes.

A l'origine, cette puissance, qui impliquait jusqu'au *jus vitæ necisque*, se présentait sous l'aspect d'un droit non causé et absolu, d'un *dominium* (1) ; mais, peu à peu, les jurisconsultes romains ont dégagé la notion de but, et d'un but qui ne pouvait être raisonnablement, socialement, que l'intérêt de l'enfant, et, par-dessus lui, de la communauté familiale à laquelle il ressortissait. Dès lors, c'en était fait du caractère absolu d'un tel droit ; du moment que l'intérêt de l'enfant et de la famille en constituait le but, sinon exclusif, du moins principal, il en traçait en même temps la limite. Et c'est ainsi que les jurisconsultes, le préteur, les empereurs furent conduits, par la force invincible de l'esprit nouveau du droit, à pallier la rigueur de l'institution primitive qui s'en trouva assouplie, humanisée, socialisée (2).

Nos anciennes coutumes n'eurent pas à subir une évolution de ce genre : la conception modérée que nos pères se firent, dès l'origine, de la puissance paternelle, leur permit d'en faire l'économie. Pothier rapporte que c'était autrefois une question de savoir « si, dans le pays coutumier français, il y avait une puissance paternelle » (3) ; et, en effet, une maxime coutumière affirmait que « puissance paternelle n'a lieu » ; sans prendre cette formule à la lettre, il convient au moins de lui reconnaître la valeur d'un témoignage et d'un symbole. Po-

(1) G. CORNIL, *Contribution à l'étude de la* patria potestas ; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain.*

(2) G. CORNIL, *op. cit.*, p. 70 et s. ; GIRARD, *op. cit.*

(3) Œuvres de POTHIER, édit. Bugnet, t. IX, *Traité des personnes et des choses*, nº 129. Sur la puissance paternelle dans notre ancien droit français, V. VIOLLET, *Histoire du droit français*, p. 537 et s. ; COLIN et CAPITANT, t. I, p. 442 ; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2e éd. publiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. III *bis*, *L'état et la capacité des personnes*, par ANDRÉ BRETON, nos 1376 et s. ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3e éd., t. I, nos 1075 et s. Sur le *mundium* paternel du droit germanique, V. CHÉNON, *Histoire générale du droit public et privé*, t. I, nos 163 et 166.

thier déclare bien qu'on ne pouvait douter de l'existence d'une puissance paternelle en pays de coutume, mais il ajoute aussitôt que cette puissance « est entièrement différente de celle que le droit romain accordait aux pères sur leurs enfants, dont le terme et la durée étaient sans bornes, et qui était *quasi quoddam jus dominii*, semblable à celle que les maîtres avaient sur leurs esclaves » (1) ; et il épuise, en quatre pages, l'étude des attributs, qu'il ramène à deux principaux, de la puissance paternelle telle qu'elle était entendue par le droit coutumier ; la *patria potestas* n'avait point cours dans nos pays de coutumes, mais seulement une autorité qui était aménagée dans l'intérêt de l'enfant autant sinon plus que dans celui des parents et qui, en conséquence, pouvait être exercée, à l'occasion, par la mère elle-même.

66. — Il appartenait au droit moderne de reprendre la tradition romaine, *mutatis mutandis*, en faisant de la puissance paternelle le théâtre d'une évolution, moins profonde sans doute, mais incomparablement plus rapide que celle qui s'était poursuivie à Rome au cours d'un millénaire. Notre code civil, bien qu'il eût suivi de préférence les errements du droit coutumier, paraissait avoir compris cette puissance avec une grande rigueur (2) ; sans doute, les juristes se demandaient, au lendemain de la promulgation, si les rédacteurs s'en étaient référés à la puissance paternelle de nos anciennes coutumes, pouvoir de protection pour l'enfant, ou bien à la *patria potestas*

(1) POTHIER, *op. cit.* ; *loc. cit.*

(2) Il est assez piquant d'observer que des civilistes éminents ont adressé aux rédacteurs du code civil le reproche d'avoir énervé la puissance paternelle en ne lui restituant pas « l'étendue et l'énergie que réclamaient l'ordre public et les bonnes mœurs, par exemple en ne reculant pas suffisamment l'âge de la majorité et en faisant cesser l'usufruit légal des parents avant la majorité des enfants » ; « on doit reconnaître, écrivent AUBRY et RAU, que les rédacteurs du code, négligeant le point de vue moral de la matière, se sont montrés envers les parents, d'une défiance qui ne trouve, ni dans les sentiments naturels de l'homme, ni dans les mœurs de notre société, une justification suffisante ». *Cours de droit civil français*, 4e édit., t. VI, p. 75.

qui affectait, du moins dans ses origines et dans ses tendances et en dépit des dérogations successives qui l'avaient entamée profondément par la suite, l'allure d'un pouvoir de domination et quasi d'appropriation. Mais, quoiqu'il en soit de cette querelle, un fait restait acquis, à savoir que le code civil ne prévoyait pas que les parents pussent être privés de la puissance dont il les investissait, en sorte que, réserve faite des cas extrêmes tombant sous le coup de la loi pénale, les excès commis demeuraient ou paraissaient devoir demeurer sans sanction ; même si le père se livrait, sur la personne de son enfant, à de graves sévices, même s'il lui donnait les plus pernicieux conseils et les plus détestables exemples, il n'en devait pas moins conserver, semble-t-il, une prérogative dont il était cependant devenu indigne : la puissance paternelle était juridiquement insusceptible d'abus.

67. — Mais notre jurisprudence veillait, fort heureusement ; consciente de sa mission, elle n'hésita pas à faire plier la puissance paternelle devant les intérêts pressants de l'enfant, à subordonner celle-là à ceux-ci. Sans doute, respectueuse de la légalité, elle ne se reconnut pas le pouvoir, dans le silence des textes, d'enlever au père indigne la puissance paternelle elle-même mais elle se crut autorisée, en cas de nécessité, à le priver de l'un des attributs de cette puissance, notamment du droit de garde, le plus effectif et le plus dangereux de tous ; assez fréquemment, nos tribunaux enlevaient aux parents coupables la garde, la surveillance et l'éducation de leurs enfants, pour en investir soit une autre personne de la famille soit un établissement charitable ou une maison d'éducation ; par là même se trouvait implicitement reconnue et consacrée cette idée que la puissance paternelle est causée dans l'intérêt de l'enfant et qu'elle est donc susceptible d'engendrer des abus comportant une sanction juridique effective. Toute une jurisprudence se constitua en ce sens, extrêmement abondante et touffue ; elle se rattachait d'ailleurs à la tradition établie

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. INTÉRIEUR

par nos anciens Parlements qui se reconnaissaient déjà un droit de regard et de contrôle sur la puissance paternelle.

Et, comme il arrive souvent, cette jurisprudence fraya la voie au législateur : une loi du 7 décembre 1874 introduisit certains cas de déchéance paternelle ; puis, intervint la loi fondamentale du 24 juillet 1889 *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés* qui a procédé à une véritable codification de la matière, et qui fut ensuite modifiée et assouplie par la loi du 15 novembre 1921.

Dans l'intervalle, la loi du 19 avril 1898, *sur la répression des violences, voies de faits, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants*, était venue renforcer le système répressif antérieurement constitué. Dès lors, la puissance paternelle se trouve enfermée dans des limites étroites dont nos tribunaux sont constitués les gardiens officiels ; aux termes de l'article 2 de la loi du 24 juillet 1889, tel qu'il a été modifié par la loi du 15 novembre 1921, la puissance paternelle peut être enlevée aux parents, en dehors de toute condamnation, s'ils « compromettent par de mauvais traitements, par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle ou d'inconduite notoire, par un défaut de soins ou par un manque de direction nécessaire, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants ou d'un ou de plusieurs de ces derniers ».

On voit à quel point la formule est compréhensive et quel large pouvoir de contrôle elle confère au juge qui hésitera d'autant moins à intervenir que cette même loi de 1921 lui permet de doser la sanction, de la limiter au strict nécessaire ; elle l'autorise, en effet, à ne prononcer la déchéance que pour tel ou tel attribut de la puissance paternelle, comme elle admet que cette mesure soit limitée à un ou à plusieurs des enfants : au système rigide et brutal qui avait été institué en 1889, — système du « tout ou rien » — le législateur de 1921 a substitué un régime d'une très grande souplesse dont la praticabilité assure le succès et l'efficacité, et qui s'inspire, moins expressément sans doute que celui de la législation soviéti-

que (1), mais cependant avec une suffisante netteté, de l'intérêt exclusif des enfants (2).

Il n'entre pas dans notre programme de procéder à une étude de ces diverses lois ; il nous suffit de constater qu'avec elles la notion de but a pénétré législativement dans le domaine de la puissance paternelle qui a cessé de constituer un droit abstrait et absolu pour devenir une prérogative causée, orientée vers les intérêts de l'enfant et de la famille.

68. — Il faut d'ailleurs se garder de croire que l'intervention réitérée du législateur ait réduit notre jurisprudence à un rôle de pure exécution ; même après les lois de 1889 et de 1921, le contrôle des tribunaux subsiste et trouve à s'exercer même en dehors des cas de déchéance limitativement énumérés dans les textes législatifs (3) ; ce ne sont pas seulement les abus prévus par un article de loi qui peuvent ou doivent être réprimés par le juge, ce sont tous les abus, infinis dans leurs variétés et dans leurs manifestations, dont la puissance paternelle peut être l'occasion, par exemple en ce qui concerne les rapports de l'enfant avec ses grands-parents (4) ; le législateur n'a pas entendu et ne pouvait pas cristalliser une fois pour toutes notre droit positif et barrer la route à la jurispru-

(1) Code soviétique de la famille, art. 153 : « Les droits du père sont exercés exclusivement dans l'intérêt des enfants et, dans le cas d'exercice abusif, le tribunal a le droit de priver les parents de ces droits. » (Traduction PATROUILLET et DUFOUR, p. 91).

(2) Ch. BEUDANT, R. BEUDANT, P. LEREBOURS et A. BRETON, *op. cit.*, nº 1398.

(3) La question résolue au texte a été très vivement discutée au cours des années qui ont suivi la promulgation de la loi de 1889 ; des auteurs et des juridictions ont soutenu ou ont admis que cette loi avait enfermé le pouvoir de contrôle des tribunaux dans des limites précises et infranchissables (*Sic.* DE LOYNES, note D. P. 1890.2.25 ; 1894.2.393). Mais cette opinion restrictive, qui attribuait à la puissance paternelle un caractère d'indivisibilité inconciliable avec la complexité de ses attributs et qui méconnaissait le pouvoir créateur incessant de la jurisprudence dont la marche en avant est irrésistible, fut bientôt condamnée par la presque unanimité de la doctrine et de la jurisprudence. V. les notes de PLANIOL (D. P. 1912.2.273) et de L. HUGUENEY (S. 1914.2.209).

(4) *Infrà*, nº 71.

dence ; après comme avant son intervention, le concept de l'abus vient imprégner de son esprit moralisateur cette institution centrale qu'est la puissance paternelle et que notre jurisprudence a eu le mérite d'orienter, depuis un siècle, vers des fins sociales et vers des idéaux altruistes (1).

Elle s'est conformée à cette politique avisée et hardie dans l'interprétation qu'elle a donnée des divers attributs de la puissance paternelle, aussi bien de ceux qui intéressent la personne même de l'enfant que de ceux qui concernent ses intérêts patrimoniaux.

69. — I. — *Attributs de la puissance paternelle qui intéressent la personne même de l'enfant.* — Nombreux sont les abus que nos tribunaux se sont donné la tâche de prévenir ou de réprimer en vue de protéger l'enfant envisagé dans sa personnalité humaine et abstraction faite de ses intérêts patrimoniaux ; grâce à leur intervention bienfaisante, le père ne pourra pas commettre impunément un détournement de puissance dans l'exercice des très nombreuses prérogatives qui sont les siennes : droit de correction ; droits de garde et d'éducation ; droit d'émancipation ; droit de consentir ou de s'opposer au mariage de l'enfant mineur.

70. — Le *droit de correction* offre un exemple saisissant de l'évolution qui s'est produite à l'intérieur de la puissance paternelle et de la direction dans laquelle elle s'est poursuivie.

1° Tel qu'il est entendu par le code civil, ce droit affecte deux aspects qui sont clairement notés et opposés dans les articles 376 et 377 : suivant les cas, le père agit *par voie d'autorité* ou bien *par voie de réquisition*. S'il emploie ce dernier

(1) V. sur ce point, outre les notes précitées et particulièrement celle de M. L. HUGUENEY, le *Traité des personnes* de M. SAVATIER, n° 385 (t. I du *Traité pratique de droit civil* de MM. PLANIOL et RIPERT).

procédé — le seul qui soit à sa disposition lorsque l'enfant a accompli sa quinzième année — il doit produire, dans la demande qu'il adresse au président du tribunal, les motifs qui l'incitent à requérir une mesure d'une telle gravité, et, suivant que ces motifs lui paraîtront péremptoires ou insuffisants, ce magistrat accueillera ou repoussera la requête qui lui est ainsi présentée ; il « pourra ordonner l'arrestation de l'enfant... » (1) ; son pouvoir d'appréciation est donc entier, réserve faite du recours qui est accordé à l'enfant détenu, devant le procureur général, par l'article 382 alinéa 2.

Si, au contraire, le père agit par voie d'autorité, — et cette procédure lui est ouverte, en principe du moins, tant que l'enfant n'est pas entré dans sa seizième année — le président du tribunal perd son pouvoir d'examen et d'appréciation : comme l'indique suffisamment la terminologie employée et comme s'en explique formellement l'article 376, il *devra* délivrer l'ordre d'arrestation ; son intervention se réduit ainsi à n'être plus qu'une simple formalité.

Telle était et telle s'affirme encore, avec la rédaction nouvelle du décret-loi du 30 octobre 1935, l'opposition établie par le code civil entre les deux procédures qu'il institue ; suivant que le père recourt à l'une ou à l'autre, son droit de correction devrait être un droit causé, à base de motifs légitimes, ou bien un droit absolu, insusceptible d'abus.

Or, il est arrivé que notre jurisprudence, dans son légitime souci de protéger l'enfant contre les abus de l'autorité paternelle, n'a pas accepté cette distinction, cependant si clairement, si impérieusement établie par le législateur : s'emparant de la formule de l'article 375, laquelle accorde le droit de correction au père « qui aura des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant » et qui semble bien commander à tout le sujet, elle reconnaît au président du tribunal le pou-

(1) Art. 377, nouv. réd. du 30 oct. 1935. Le texte primitif spécifiait que le président du tribunal « délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera ».

voir de connaître, dans tous les cas, des raisons du père, quand bien même celui-ci agirait par voie d'autorité, et de refuser l'ordre d'arrestation, en toute occurrence, du moment que ces r aisons ne lui paraissent pas opérantes. Depuis longtemps, le tribunal civil de la Seine a fixé sa jurisprudence dans ce sens et son initiative a été suivie par les tribunaux des grandes villes (1) et il ne semble pas que la situation ait été modifiée par le décret-loi de 1935 ; en sorte que le droit de correction, que le législateur de 1804 avait voulu, en partie absolu et en partie conditionné, se présente dans la pratique comme une prérogative invariablement soumise au contrôle du juge qui se reconnaît les pouvoirs d'en pénétrer les motifs et d'en prévenir les abus.

70 *bis*. — 2° Mais c'est un décret-loi du 30 octobre 1935 qui a apporté au droit de correction l'adoucissement le plus effectif ; ce décret *portant modification des articles 376 et suivants du code civil*, tout en laissant subsister ce droit, en a transposé la réalisation qui affecte désormais non plus la forme d'une incarcération, mais celle d'un simple placement de l'enfant dans un établissement qui est désigné par le président du tribunal et qui peut être soit une maison d'éducation surveillée, soit une institution charitable ; l'article 376, dans sa rédaction nouvelle, prévoit même que le mineur sera confié : « *à toute personne agréée par l'autorité administrative ou par les tribunaux et qui sera chargée d'assurer la garde et l'éducation de l'enfant* ». A l'ancienne mesure, qui présentait un caractère d'intimidation et même, jusqu'à un certain point, de répression, on a ainsi substitué un régime plus humain et plus doux, qui tend à obtenir l'amendement, le relèvement moral de l'enfant ; on s'applique à guérir plutôt qu'à punir, et, du même coup, on prévient un abus possible de l'autorité paternelle qui

(1) V. *Rev. pénitentiaire*, 1894, p. 173 ; SAVATIER, *Les personnes*, n° 344 ; dans le *Traité pratique de droit civil* de MM. PLANIOL et RIPERT.

ne pourra plus, même avec l'appui de la justice, obtenir l'application, contre l'enfant, d'une mesure véritablement privative de sa liberté.

D'autre part, il semble bien que le recours ouvert à l'enfant, par l'article 382, § 2, contre la décision de justice qui ordonne son placement, lui soit ouvert en toute occurrence et non pas seulement dans les deux éventualités qu'envisage le premier alinéa du même texte, c'est-à-dire celle où le mineur possède des biens personnels, celle où il est pourvu d'un état : l'exposé des motifs du décret autorise cette large interprétation qui était d'ailleurs admise, même antérieurement, par de nombreux auteurs (1).

70 *ter*. — Il est remarquable que le droit de correction, en tant qu'il est conféré exceptionnellement à la mère, ait été, non pas émoussé, mais renforcé par la législation de ces dernières années ; la loi du 18 février 1938 *portant modification des textes du code civil relatifs à la capacité de la femme mariée*, a, en effet, abrogé l'article 381 du code civil qui entourait l'exercice de ce droit de certaines modalités constituant autant de restrictions ; désormais, la mère n'est donc plus dans l'obligation de s'assurer du concours des deux plus proches parents paternels ; son remariage ne lui fait plus perdre le droit de correction qu'elle demeure à même d'exercer, non seulement comme tutrice, mais en qualité de mère ; enfin, il semble qu'elle soit admise à agir par voie d'autorité aussi bien que sous forme de réquisition, et cela dans le cas même où elle serait remariée, tandis que le remariage du mari ne laisse plus à celui-ci — l'article 380 n'ayant pas été abrogé — que la voie de la réquisition : l'inégalité des sexes, établie par le code civil en faveur du mari, fonctionne aujourd'hui contre lui : après l'incapacité de la femme mariée, nous connaissons maintenant l'incapacité de l'homme remarié !

(1) V. L. Josserand, *op. cit.*, t. I, nº 1096.

71. — Les *droits de garde et d'éducation* auxquels se rattache d'ailleurs, mais à titre d'attribut exceptionnel et accidentel, le droit de correction lui-même, vont nous permettre également de saisir sur le vif les préoccupations et l'œuvre jurisprudentielles dans le domaine de la puissance paternelle. C'est constamment et à toute occasion plausible que nos diverses juridictions rappellent que ces prérogatives essentielles doivent être exercées par le père, ou, à son défaut, par la mère, dans l'intérêt de l'enfant et non point dans celui du titulaire, à peine de commettre un abus qui appellerait une sanction ; le père a bien le droit de diriger l'éducation de ses enfants, « mais sous la condition, dont les tribunaux se sont reconnus les juges, d'exercer ce droit dans l'intérêt des enfants et non point dans le sien propre » (1) ; il ne peut donc leur interdire systématiquement toutes relations avec leurs grands-parents en supprimant visites et correspondance ; une telle attitude ne serait admissible qu'autant qu'elle tiendrait à une « raison sérieuse », à un « motif légitime » de nature à en constituer la justification (2) ; adoptée arbitrairement, par antipathie, par jalousie, par intérêt ou par vengeance, elle serait abusive et il appartiendrait au tribunal de la briser en enjoignant au père de laisser l'enfant communiquer avec ses ascendants à des jours ou à des heures déterminés (3). Ce qui est déterminant, en pareille matière comme ailleurs, c'est donc le motif sérieux et légitime, avec cette particularité qu'il se déduit ici de l'intérêt, non point du père, mais de l'enfant, ce qui cadre exactement avec la nature altruiste de la puissance paternelle : la recherche d'une fin égoïste est constitutive d'abus (4)

(1) Trib. civ. Lyon, jugement confirmé, dans le fond et dans les motifs, par la cour de Lyon, 24 févr. 1924 (*Mon. judic.*, 1924, XCI).

(2) Mêmes décisions.

(3) Mêmes décisions. Comp. Req. 12 juill. 1870 (D. P. 1871.1.218) ; Civ. 26 juill. 1870 (D. P. 1871.1.217) ; Req. 12 févr. 1894 (D. P. 1894.1.218) ; Civ. 6 juill. 1931 (D. H. 1931.428) ; Aix, 15 mars 1929 (D. P. 1930.2.111, note Nast) ; Amiens, 7 févr. 1934 (D. P. 1934.2.57, et la note).

(4) La jurisprudence se réfère formellement, à cette occasion, à la notion d'abus. V. les décisions précitées, notamment les arrêts de la chambre des requêtes et de la chambre civile.

aussi bien que le serait celle d'un but directement contraire aux intérêts de l'enfant.

La cour de Paris a eu l'occasion de faire application de cette vue à des faits exceptionnels qui en rendaient l'observation particulièrement difficile. Dans l'espèce, les parents vivaient séparés, non pas judiciairement, mais de pur fait ; le père, incontestablement détenteur de la puissance paternelle, était donc investi du droit de garde sur la personne de l'enfant commun. Seulement, il prétendait exercer ce droit en vue d'une fin singulière et dans le but de contraindre sa femme à demander le divorce. Pour en arriver là, il maintenait l'enfant au loin, en pays étranger, et il lui imposait des déplacements fréquents qui mettaient la mère dans l'impossibilité de le voir ; il espérait ainsi exercer une contrainte sur celle-ci et l'inciter à demander un divorce qui aurait eu pour résultat de lui conférer la garde de son enfant, les torts étant exclusivement du côté du mari à qui cette particularité enlevait l'initiative d'une procédure qu'il désirait cependant voir engager et dont il espérait le recouvrement de sa liberté.

La cour de Paris estima que ce père, en se comportant ainsi, en adoptant et en poursuivant ce plan machiavélique, faisait de son autorité un usage inadmissible, contraire à l'esprit de l'institution, puisqu'il l'exerçait « exclusivement en vue de la réussite de ses projets d'intimidation » ; et elle lui enleva la garde de l'enfant pour la remettre à la mère (1).

Cette décision est particulièrement hardie, puisque, dans l'espèce, le père n'avait commis aucun acte dirigé contre l'enfant et qui fût susceptible de lui faire encourir la perte, même partielle et limitée, de la puissance paternelle, et puisque, d'autre part, les parents n'étaient ni divorcés, ni même séparés de corps ; en enlevant au père la garde de son enfant, dans de telles circonstances et pour de telles raisons, la cour prenait en considération la séparation de fait intervenue, alors que la loi ne fait état que du divorce et de la séparation

(1) Paris, 8 févr. 1912 (D. P. 1912.2.273, note PLANIOL ; S. 1914.2.209, note L. HUGUENEY).

judiciaire ; elle appuyait sa décision sur la constatation d'une situation que le législateur a voulu ignorer, à laquelle il a refusé toute valeur juridique, et l'on aurait pu objecter que la prise n'était point correcte. Cependant, la cour de Paris a cru pouvoir passer outre et faire prédominer, par-dessus toutes ces considérations d'ordre strictement juridique, le grand principe moralisateur de l'abus des droits dont s'imprègnent de plus en plus toutes nos institutions, et principalement celles qui, comme la puissance paternelle, sont d'essence altruiste.

72. — Le droit qui est dévolu au père, et, à son défaut, à la mère, de procéder à l'*émancipation* de l'enfant, subit lui-même l'empreinte commune, en dépit des termes absolus dans lesquels il est présenté par la loi (1) ; car, ce n'est pas abstraitement qu'il a été institué, mais uniquement dans l'intérêt de l'enfant mineur ; si donc il est exercé, soit à l'encontre de cet intérêt, soit dans une pensée égoïste, une sanction pourra intervenir qui affectera la forme d'une nullité de la déclaration d'émancipation, nullité prononcée par le tribunal et conformément à la directive générale de l'abus de la puissance paternelle, car « le droit d'émancipation accordé aux parents par l'article 477 du code civil est soumis dans son exercice au contrôle de la justice, à qui il appartient d'apprécier si ceux-ci ont usé de ce droit dans l'intérêt de l'enfant (2) » ; et les tribunaux décideront négativement par exemple si une mère n'a pris l'initiative de l'émancipation que dans le but de disposer, avec le concours et sous le couvert de sa fille mineure, et au préjudice de celle-ci, d'une partie de ses revenus, en échappant

(1) C. civ. art. 477. Aussi DEMOLOMBE affirmait-il que « le droit du père est souverain ; il ne doit compte à personne de ses motifs... » (*De la minorité*, t. II, n° 199). Mais les auteurs récents parlent un autre langage. V. SAVATIER, *op. cit.*, n°s 301, 302 (p. 355, note 1) : COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE, t. I, p. 548.

(2) Trib. civ. Seine, 18 mars 1893 ; jugement confirmé, dans son dispositif et dans ses motifs, par la cour de Paris, 4 déc. 1894 (D. P. 1895.2.484 ; S. 1897.2.73, note WAHL).

ainsi à l'application de l'article 384 du code civil qui fait cesser la jouissance légale des parents le jour où l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans accomplis (1).

En pareil cas, on notera la gravité de la sanction prononcée par le juge, laquelle ne consiste en rien moins qu'en l'annulation, pour cause d'abus, d'un acte solennel répondant à toutes les conditions de forme et de fond énumérées dans la loi.

Parfois, la sanction sera moins étendue : elle consistera simplement dans l'élimination de l'une des conséquences attachées à l'émancipation, tous les autres effets étant maintenus : c'est ainsi qu'il ne saurait dépendre d'un père de famille, en procédant à une émancipation, de neutraliser la décision de séparation de corps qui avait ordonné que l'enfant serait placé, jusqu'à sa majorité ou son établissement par mariage, dans une maison d'éducation déterminée ; d'une part, sans doute, cette décision judiciaire n'avait pas privé le père du droit de procéder à l'émancipation de son enfant ; mais, d'autre part, il serait intolérable qu'il eût le moyen, par cette mesure, de ruiner l'autorité de ladite décision ; il résulte de la combinaison de ces deux principes également nécessaires, que l'émancipation intervenue dans des conditions de ce genre sera destituée d'un de ses effets légaux, afin que force reste à la chose jugée : le père récalcitrant sera condamné à des dommages-intérêts à raison de l'inexécution de l'obligation qui lui incombait (2).

73. — Plus discrétionnaire encore que le droit de procéder à l'émancipation apparaît le droit conféré aux personnes qualifiées, notamment aux père et mère, d'accorder ou de refuser leur *consentement au mariage de l'enfant mineur* (3) : la plupart des auteurs, anciens ou actuels, y voient une prérogative absolue dont la manifestation, affirmative ou négative, n'a pas

(1) Mêmes décisions. Comp. Bordeaux, 7 janv. 1852 (D. P. 1852.2.200). Paris, 14 nov. 1901 (D. P. 1902.2.238).
(2) Req. 4 avr. 1865 (D. P. 1865.1.387).
(3) C. civ. art. 148 et s.

besoin d'être motivée et ne comporte, à raison de son caractère *discrétionnaire*, aucun recours (1).

Les législations étrangères se montrent, en général, moins rigoureuses ; sans parler de la loi de la Russie soviétique qui supprime purement et simplement la nécessité d'une autorisation parentale quelconque pour l'union de l'enfant qui a atteint l'âge du mariage, soit dix-huit ans ou seize ans révolus suivant le sexe (2), nombreux sont les codes qui admettent, au profit de l'enfant mineur, un recours devant l'autorité judiciaire, par imitation des règles jadis applicables, en France et dans de nombreux pays, à l'incapacité de la femme mariée : de même que le refus du mari de relever sa femme de son incapacité à l'occasion d'un acte déterminé pouvait être surmonté par le tribunal, de même qu'aujourd'hui encore certaines de ses décisions ou tel veto qu'il oppose à telle forme de l'activité de son épouse sont susceptibles d'être déférés à l'autorité judiciaire qui autorisera la requérante à passer outre (3), ainsi le veto injustifié de l'ascendant, qualifié pour autoriser le mariage d'un mineur, est susceptible d'être levé par le tribunal ; on trouve des dispositions de ce genre par exemple dans le code civil italien (4) et dans le code civil allemand (5).

En France même, la tradition historique serait plutôt favorable à l'existence d'un tel recours ; car Pothier, après s'être

(1) C'est ainsi que DEMOLOMBE constate que la décision de l'ascendant n'est point un jugement qui doive être motivé, mais « un acte d'autorité domestique et de puissance paternelle ». *Traité du mariage*, t. I, nº 51. — Comp. : PLANIOL et RIPERT, t. I, nº 769. COLIN, CAPITANT et LA MORANDIÈRE, t. I, nº 123 ; A. ROUAST, dans le *Traité pratique de droit civil français*, de PLANIOL et RIPERT, t. II, nºs 140 et 141.

(2) Code de la famille, art. 67, dans la *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, Les codes de la Russie soviétique*.

(3) C. civ. art. 213, 216 mod. par L. 18 févr. 1938.

(4) Art. 67.

(5) Art. 1304 et 1308 d'où il résulte que l'autorisation déficiente peut être plus facilement suppléée par le tribunal des tutelles lorsque le refus émane du tuteur que s'il provient du détenteur de la puissance paternelle ; dans le premier cas, il suffit, en effet, que la conclusion du mariage réponde à l'intérêt du mineur mais dans le second, c'est seulement si l'autorisation a été refusée « sans raison grave » que le juge pourra intervenir. Pour le système suisse. V. l'art. 98 C. civ. fédéral et la traité de ROSSEL et MENTHA, t. I, p. 170.

prononcé d'abord et en thèse générale contre son admissibilité, reconnaissait que, dans certains cas, le refus paternel est d'une injustice si évidente « que les juges pourraient dispenser le mineur du consentement de ses père et mère, sur un avis des parents » (1).

Cependant, nous ne pensons pas qu'aucun auteur moderne ait soutenu, ni qu'aucune juridiction ait admis l'existence d'un pouvoir de contrôle et de revision de ce genre pour l'autorité judiciaire ; nous devons considérer comme acquis que le juge français ne peut pas, en pareille matière, se substituer aux parents en accordant au mineur l'autorisation que ceux-ci ont refusé de lui donner : l'abus de cette prérogative parentale ne comporte point une sanction en nature (2).

74. — Mais il reste à savoir s'il n'est pas susceptible d'entraîner une sanction d'un autre genre qui affecterait la forme de dommages-intérêts : l'enfant, lésé dans ses intérêts moraux ou matériels par un refus injustifié et insurmontable, ne doit-il pas être admis à réclamer une indemnité à son persécuteur ? Et pareille faculté ne doit-elle pas être reconnue à son fiancé, victime, lui aussi, d'une résistance injuste qui l'atteint dans son bonheur et dans ses intérêts matériels ?

Cette question est résolue négativement, nous l'avons déjà noté, par la grande majorité des auteurs (3), mais affirmativement par la jurisprudence de nos cours d'appel (4). A diffé-

(1) POTHIER, *Traité du mariage*, n° 332, dans l'éd. BUGNET.

(2) Nous supposons au texte que le refus émane des parents de l'enfant ou des ascendants ; la situation ne se présenterait pas sous le même aspect s'il était formulé par le conseil de famille ; on pourrait alors fort bien soutenir, en se basant sur l'art. 883 c. pr., la possibilité d'un recours devant le tribunal. *Sic* : COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE, t. I, n° 123. Mais la jurisprudence paraît fixée en sens contraire : Civ. 23 juin 1902 (D. P. 1902.1.347 ; S. 1902.1.385, note LYON-CAEN). D'autre part, le recours à l'autorité judiciaire est expressément consacré par la loi dans le cas spécial où le refus du consentement émane des parents d'un enfant qui avait été confié à l'Assistance publique (L. 24 juill. 1889, art. 17, § 2).

(3) *Suprà*, n° 73.

(4) Paris, 16 déc. 1874 (S. 1875.1.112 ; D. P. 1876.2.236) ; 26 juin 1894 (S. 1894.2.264 ; D. P. 1895.2.86) ; Lyon, 23 janv. 1907 (D. P.

rentes reprises, elle s'est posée devant elles dans des conditions de fait à peu près constantes : le père de l'enfant mineur avait d'abord accueilli favorablement le projet d'union ; il avait donné son agrément aux fiançailles ; après quoi, subitement, il avait cru devoir reprendre la parole donnée et refuser le consentement promis depuis plusieurs semaines ou plusieurs mois. Sans doute, en se rétractant ainsi, il usait d'un droit incontestable : le consentement qu'on attendait de lui devait être donné au moment même de la célébration du mariage ; jusque-là, il n'avait que la valeur d'un simple projet, toujours susceptible de revision et de révocation (1) ; comme l'observe la cour de Paris, « il convient de proclamer que, jusques à la dernière heure, il appartient souverainement au père de famille, gardien des intérêts, de la bonne renommée et du bonheur des siens, de dénouer l'alliance promise, s'il le juge nécessaire... » (2) ; en d'autres termes, les fiancés n'avaient pas de droit acquis à la persistance du consentement paternel jusqu'au moment décisif, c'est-à-dire jusqu'au jour de la célébration du mariage, tandis que le père conservait, de son côté, le droit de changer d'opinion et d'opposer son veto à ce même moment décisif.

Seulement, il reste à examiner si ce droit au changement est un droit absolu ou bien s'il ne comporte pas, au cas d'exercice abusif, une sanction d'ordre pécuniaire ; et c'est sur ce point que nos cours d'appel se rejoignent pour se séparer de la doctrine dominante : à leur avis, il n'est pas admissible que, pendant cette période prématrimoniale, les intéressés se jouent impunément les uns des autres ; s'ils peuvent reprendre leur liberté lorsqu'ils ont, pour ce faire, un *juste sujet* (3), un *motif sérieux* (4), il leur est interdit de se rétracter

1908.2.73, note L. Josserand ; S. 1909.2.310). — Comp. Alger, 9 avr. 1895 (D. P. 1895.2.320).

(1) C. civ. art. 76 ; 3° Colin, Capitant et de la Morandière, t. I, p. 141 ; Planiol, t. I, n° 770.

(2) Paris, arrêt du 16 déc. 1874.

(3) Paris, arrêt du 16 déc. 1874.

(4) Paris, arrêt du 26 juin 1894.

sans raison plausible, par pur caprice ou par inconstance (1), et encore moins à la suite de manœuvres déloyales (2) ; seul « un fait, un incident imprévu et grave, touchant à l'honneur et à la dignité des personnes, ou de nature à compromettre l'avenir des futurs époux et de la famille... » (3), est susceptible de légitimer un semblable revirement en permettant au père de dégager sa parole, impunément et sans danger ; en dehors de là, sa responsabilité sera engagée par sa rétractation abusive, et elle se traduira par une condamnation à des dommages-intérêts correspondant au préjudice matériel et moral subi par les fiancés, notamment aux dépenses qu'ils ont pu engager pour leur installation prochaine (4) ou à la valeur du fonds de commerce que l'un d'eux avait été amené à vendre à vil prix, en prévision de l'union projetée et sous l'influence du père lui-même qui se trouve ainsi l'avoir privé de son gagne-pain (5).

75. — Toute cette jurisprudence peut être résumée dans les propositions suivantes :

1° Le droit, pour les parents, de revenir sur la promesse de consentement qu'ils avaient donnée en vue du mariage projeté, par leur enfant, n'est point absolu ; il est susceptible d'abus ; la légitimité (6) de son exercice est affaire d'espèce elle est appréciée par les tribunaux.

(1) Paris, arrêt du 16 déc. 1874.
(2) Lyon, 23 janv. 1907.
(3) Paris, 16 déc. 1874.
(4) *Ibid.*
(5) Lyon, 23 janv. 1907.
(6) M. ROUAST, tout en paraissant approuver la jurisprudence qui s'est formée sur ce point, nie qu'elle se rattache à la thèse de l'abus des droits (*La famille*, n° 141, dans le *Traité pratique de droit civil* de PLANIOL et RIPERT) et cette opinion avait déjà été énoncée par M. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 100 ; mais il suffit de se reporter aux arrêts précités pour constater que nos cours d'appel s'en réfèrent expressément au concept de l'abus qui n'a jamais trouvé un champ d'application plus sûr et mieux délimité. M. ROUAST objecte que le consentement du père est discrétionnaire ; mais il ne voit pas qu'on pourrait en dire autant du droit du propriétaire ou du

2° L'abus est constitué ici, non point seulement par l'intention de nuire, par la malveillance, mais aussi par la légèreté, le caprice, l'inconstance, d'une façon plus générale et négativement, par l'absence de raison sérieuse, de motif légitime ;

3° C'est au père qu'il appartient, du moins s'il avait d'abord consenti (1), de faire la preuve dudit motif légitime ; faute de quoi sa responsabilité est engagée par sa rétractation, considérée comme abusive ;

4° La sanction de l'abus consiste, non point dans une autorisation de mariage donnée par le juge aux fiancés, mais seulement dans une condamnation à des dommages-intérêts prononcée contre le parent versatile ; elle intervient, non point en nature, mais sous une forme pécuniaire.

Enfin, il convient d'insister à nouveau sur cette particularité que, dans toutes les espèces soumises aux cours d'appel, le père de famille, qui fut convaincu d'un abus de droit, avait d'abord approuvé le projet de mariage auquel il opposait ultérieurement son veto ; il n'existe pas, à notre connaissance, de décision judiciaire ayant taxé d'abus un refus initial et définitif ; de telle sorte que, dans l'état actuel de notre droit positif, ce n'est pas, à vrai dire, le droit de refuser le consentement requis qui est susceptible d'abus, mais seulement le droit de substituer un refus à une approbation d'abord donnée : une fin de non-recevoir immédiate et péremptoire semble moins suspecte qu'une variation péjorative ; et il est certain qu'en fait elle causera aux jeunes gens un moindre préjudice, surtout au point de vue matériel (2).

droit d'agir en justice ; cependant, ces prérogatives sont elles-mêmes susceptibles d'abus.

(1) Au cas de refus initial et définitif, et à supposer que l'abus en soit théoriquement possible, c'est évidemment au demandeur qu'il appartiendrait, uniformément au droit commun, de faire la preuve du mobile illégitime ; si l'ordre de la preuve est inversé dans les espèces soumises aux différentes cours d'appel, c'est parce que l'approbation d'abord donnée au projet de mariage créait une présomption favorable au demandeur en indemnité.

(2) Le rapprochement s'impose ici entre le droit, pour les parents, de s'opposer au mariage de leurs enfants mineurs, et le droit de se

76. — II. — *Attributs de la puissance paternelle qui concernent les intérêts patrimoniaux de l'enfant.* — Comme ceux de la catégorie précédente, ces attributs sont causés par les intérêts de l'enfant, à l'exclusion des intérêts du père ou de la mère ; c'est pourquoi, s'ils viennent à être exercés par ceux-ci dans un esprit malicieux ou même simplement égoïste, la jurisprudence considère qu'ils sont détournés de leur destination et qu'ils sont l'occasion d'un abus susceptible d'engager la responsabilité de son auteur.

Nous trouvons une affirmation de ce point de vue dans un arrêt de la cour de Paris qui, à propos d'un acte accompli par un mineur habilité à faire le commerce, déclare que « le droit accordé par l'article 487 du code civil et l'article 2 du code de commerce aux père et mère du mineur émancipé, de l'autoriser à faire le commerce, ne peut s'exercer que dans l'intérêt de ce mineur », et conclut de cette prémisse que l'autorisation ne peut intervenir dans l'intérêt personnel des parents, comme si, par exemple, elle « avait pour objet d'habiliter le mineur à contracter avec son père ou sa mère une société commerciale » ; s'il en était autrement, il dépendrait des parents de rendre illusoires les règles protectrices établies par la loi dans l'intérêt des mineurs qui se trouveraient engagés, d'autorité paternelle, « dans des entreprises hasardeuses ou dans les périls d'une situation déjà compromise » ; et la cour prononce, pour ces raisons, la nullité d'un engagement pris par une mineure émancipée à l'occasion du commerce dont l'accès lui avait été ouvert contrairement à l'esprit de la loi et à ses propres intérêts (1).

refuser à un contrat : dans un cas, comme dans l'autre, l'abus n'est point concevable si la situation est nette, c'est-à-dire si le titulaire du droit a adopté purement et simplement et dès le début une attitude d'opposition ou d'inertie ; il n'apparaît et il n'est constitué qu'à raison des initiatives d'abord prises par lui et avec lesquelles son refus ultérieur ne cadre pas (*infrà*, nos 92 et s.).

(1) Paris, 14 nov. 1901 (D. P. 1902.2.238).

77. — Non moins intéressante et caractéristique est l'application des mêmes idées faite par la cour de Lyon au droit d'administration légale des parents, lequel n'est autre chose qu'un des attributs de la puissance paternelle.

On sait que les pouvoirs de l'administrateur légal sont plus étendus que ceux du tuteur ; l'article 389 du code civil, modifié par la loi du 6 avril 1910, lui permet de faire seul, outre les actes auxquels le tuteur peut procéder librement, ceux pour lesquels l'autorisation du conseil de famille lui serait à la fois nécessaire et suffisante, si bien que le père a le pouvoir, *constante matrimonio*, d'aliéner les valeurs mobilières de son enfant mineur, jusqu'à concurrence de 1.500 francs (7.500 fr. depuis la loi du 9 juillet 1931), et sans avoir à obtenir aucune autorisation. Confinée dans cette limite précise, son initiative est correcte, du moins si on l'envisage en elle-même et abstraction faite des conditions dans lesquelles elle est intervenue, des mobiles qui l'ont provoquée.

Mais, si on l'examine en la situant dans ces conditions et en l'éclairant à l'aide de ces mobiles, la situation va se modifier. Sans doute, et de toute façon, la vente consentie par le père, en tant qu'administrateur légal et dans les limites de ses pouvoirs, est et demeure valable ; mais on peut se demander si le but dans lequel elle est intervenue n'est pas susceptible d'engager la responsabilité de celui qui y a procédé, et qui, par hypothèse, a poursuivi une fin égoïste, détournant donc ses pouvoirs de leur destination régulière et commettant un abus de droit caractérisé. La question s'était posée dans ces termes devant la Cour de Lyon qui la résolut dans le sens de l'affirmative en déclarant que « le père qui mésuse de son droit dans son intérêt personnel et au détriment du mineur demeure responsable de cet *abus* vis-à-vis du mineur », consacrant ainsi expressément le concept de l'abus du droit d'administration légale, c'est-à-dire d'un droit qui a été conféré au père dans l'intérêt de l'enfant et qu'il ne saurait donc impunément faire sien.

Quant à la sanction de l'abus, elle consista, non point dans la nullité de la vente, puisque cet acte avait été accompli dans les limites objectives tracées par la loi et qu'il n'y avait pas eu défaut de droit ; non point uniquement dans des dommages-intérêts qui auraient été insuffisants, dans l'espèce, à réparer le préjudice causé au mineur, mais bien — solution intermédiaire qui concilie toutes les exigences — dans l'obligation imposée à l'administrateur en faute de remplacer les titres abusivement aliénés par d'autres titres de même nature et en même quantité. Il y a là une sanction en nature, mais aménagée de telle façon qu'elle donne pleine satisfaction au mineur sans imposer aucun sacrifice à l'acheteur qui avait régulièrement traité avec le père et qui, n'ayant commis aucune faute, ne saurait encourir aucune responsabilité (1).

§ 2. — La puissance maritale.

78. — Comme la puissance paternelle, l'autorité maritale a subi, au cours des siècles, une évolution qui s'est régulièrement et harmonieusement poursuivie dans un sens altruiste ; comme elle, après avoir commencé par être un droit purement unilatéral, un pouvoir d'appropriation et de domination, elle était devenue, de plus en plus, avant d'être abolie, au moins théoriquement et en thèse générale, par la loi du 18 février 1938, une prérogative sociale et familiale, concédée au mari, non pas en vue de fins égoïstes, mais dans l'intérêt de la famille, du foyer, et, par-dessus eux, de la communauté ethnique tout entière (2).

Avec cette conception moderne, la puissance maritale était nécessairement limitée dans ses attributs ; depuis longtemps il était jugé qu'elle s'arrêtait devant le principe supérieur de la

(1) Lyon, 5 févr. 1909 (*Gaz. trib.*, 17 avr. ; *Rev. trim. de droit civil*, 1909, p. 672).

(2) Pour le développement de cette loi historique, nous renvoyons à l'ouvrage classique de Paul Gide, *Etude sur la condition privée de la femme.*

liberté de conscience (1) et qu'elle ne saurait comporter aucun droit de correction, les mauvais traitements infligés à la femme par son mari pouvant servir de base à une demande en séparation de corps ou en divorce et tombant même, à de certaines conditions, sous le coup de la loi pénale (2).

Les attributs mêmes dont l'existence était certaine, tels le droit de contrôler les relations et la correspondance de la femme, étaient entendus par notre jurisprudence avec une grande modération et étaient comprimés par elle dans des limites équitables, compte tenu des mœurs de notre époque, plus favorables que celles du siècle dernier à l'indépendance des époux ; limites objectives, revêtant une signification concrète et précise — comme celle qui était tirée, pour le contrôle de la correspondance, et lorsque la femme exerce une profession distincte, des nécessités du secret professionnel inhérent à l'exercice de cette profession (3) ; limites subjectives aussi, constituées par les mobiles auxquels obéissait le mari lorsqu'il exerçait ou prétendait exercer son contrôle, lequel était légitime s'il était commandé par le désir de sauvegarder la moralité du foyer, l'honneur ou la sûreté du chef de famille (4), mais devenait illicite, *abusif* lorsqu'il procédait de la malveillance, de l'intention de nuire, de la volonté d'exercer un chantage, de l'esprit de tracasserie ou même, plus simplement, de l'esprit de curiosité indiscrète et de tyrannie domestique. Chef de la famille, le mari pouvait et devait user de l'autorité maritale dans l'intérêt de la famille, en vue de fins légitimes, sé-

(1) A. ROUAST, *La famille*, dans le *Traité pratique de droit civil* de PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 375.

(2) A. ROUAST, *eod. loc.*

(3) A. ROUAST, n° 382.

(4) Req. 5 févr. 1900 (D. P. 1901.1.45 ; S. 1901.1.17, note NAQUET) 6 août 1907 (D. P. 1907.1.512 ; S. 1908.1.165) ; Bruxelles, 25 avr. 1875 (D. P. 1876.2.25 ; S. 1877.2.161).

V. GÉNY, *Des droits sur les lettres missives*, t. II, n° 236 ; l'auteur admet que les pouvoirs du mari rencontrent « une limite nécessaire dans l'abus qui en serait entrepris », et il rappelle, d'autre part que « la notion de pareil abus se détermine d'après le but des pouvoirs, dont il s'agit... ».

rieuses et avouables, sinon il détournait ses pouvoirs de leur destination, il commettait un abus de droits qui comportait diverses sanctions, notamment la séparation de corps ou le divorce (1). Nos tribunaux se reconnaissaient ainsi, sous la raison juridique de l'abus des droits, un pouvoir de contrôle extrêmement efficace sur l'autorité maritale et sur les fins auxquelles elle est employée (2).

79. — Il n'était pas jusqu'à l'*incapacité de la femme mariée* et son remède naturel l'*autorisation maritale* qui ne se prêtassent parfois à l'application de la notion de l'abus et qui n'eussent une tendance à s'en imprégner. L'esprit familial de ces institutions se déduisait des dispositions du code civil lui-même qui accordait le droit d'invoquer la nullité de l'acte passé sans autorisation, non seulement au mari dont l'autorité a été méconnue, mais encore à la femme et à leurs héritiers (3), mettant ainsi en pleine lumière les raisons d'être de l'incapacité de la femme mariée qui doivent être cherchées, non point dans l'intérêt personnel et égoïste du mari, mais dans celui de la communauté familiale qui souffrirait de la dispersion d'activités et d'initiatives que risquerait de provoquer la reconnaissance, au profit de la femme, d'une capacité égale à celle du mari.

Il ressort de là que celui-ci, lorsqu'il exerce l'action en nullité contre un acte que sa femme a passé sans autorisation, doit être guidé par le souci de sa dignité ou par l'intérêt légitime du foyer et non point par la recherche d'un intérêt personnel ; et si, après avoir gardé le silence pendant plusieurs années, il prétend agir en nullité le jour où il y trouve un avantage égoïste, « il abuse étrangement de l'obligation de pro-

(1) Req. 6 août 1907 (D. P. 1907.1.512).

(2) V. les arrêts précités Req. 5 févr. 1900 et 6 août 1907 ; et les ouvrages classiques, sur les lettres missives, de M. Gény et de M. Valéry. V. aussi : Rouast, *op. cit.*, nos 382 et 383, notamment p. 306.

(3) C. civ. art. 225.

téger sa femme que met à sa charge l'article 213 du code civil » (1) ; il abuse de la puissance maritale, puisqu'il la met au service de fins illégitimes et il y aura lieu de rejeter sa demande, « contraire à la morale, à l'équité et au droit » (2), en sorte que l'abus recevra ici la sanction la plus adéquate et la plus effective puisqu'elle aura un caractère préventif.

80. — Mais ce n'est pas seulement en exerçant l'action en nullité que le mari est exposé à commettre des abus d'autorité, c'est aussi, et à l'inverse, en accordant à sa femme l'autorisation qui lui est nécessaire pour qu'elle soit relevée de son incapacité : une telle autorisation peut être fautive, abusive, comme peut être fautive et abusive la demande basée sur le défaut même d'autorisation.

La question se pose pour les actes auxquels la femme a procédé irrégulièrement, illégalement, mais dûment autorisée de son mari. Les actes de cette nature engagent évidemment la responsabilité de la femme qui y a joué le rôle de partie, et sans distinguer selon que leur irrégularité est intrinsèque ou subjective, selon qu'il y a eu défaut de droit ou exercice abusif d'un droit. Mais ne faut-il pas décider que le mari, qui a commis lui-même une faute en fournissant à sa femme les moyens de nuire à autrui et qui a donc collaboré à la réalisation du dommage, sera lui-même responsable vis-à-vis de la victime — contre-partie à l'acte ou tierce personne ? En d'autres termes, le droit qui appartient au mari d'autoriser sa femme à accomplir certains actes juridiques n'est-il pas lui-même susceptible d'abus ?

La Cour de cassation a dû résoudre ce problème à l'occasion d'une saisie-arrêt qui avait été pratiquée par une femme mariée, dûment autorisée, mais sans titre et sans permission du juge ; le débiteur saisi, lésé par cette procédure irrégulière, réclamait des dommages-intérêts au mari lui-même en ar-

(1) Paris, 5 janv. 1904 (D. P. 1905.2.249).
(2) Même arrêt.

guant de l'assistance et de l'autorisation qu'il avait fournies à sa femme en cette occasion. Cette prétention avait été admise, en première instance par le tribunal de Marennes, et en appel par la cour de Poitiers ; elle fut écartée par la chambre civile, mais uniquement pour ce motif que, dans l'espèce, aucun acte de malice ou de mauvaise foi n'avait été relevé à la charge du mari par les juges du fond. Le désaccord entre ceux-ci et la Cour de cassation ne concerne donc que la détermination des conditions constitutives de l'abus du droit qui se trouvait en cause ; sur le principe même de la possibilité d'un abus, les trois juridictions sont unanimes à décider affirmativement ; et si la chambre civile casse la décision de la cour de Poitiers, c'est seulement parce que, à son sentiment, «l'exercice par le mari de la faculté que lui confère la loi, d'autoriser sa femme à accomplir certains actes juridiques, ne peut présenter les caractères de la faute prévue par les articles 1382 et 1383 du code civil, qu'autant qu'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi... » ; il ressort clairement de là que si la cour de Poitiers avait relevé, à la charge du mari, une mentalité de ce genre, sa décision aurait été approuvée par la Cour suprême qui consacre, en des termes exempts d'ambiguïté, cette nouvelle application de la thèse de l'abus des droits (1).

Cet arrêt de la chambre civile vaut d'être retenu, tant par le principe qu'il pose que par le conditionnement dont il l'accompagne : en pareille matière, la faute non intentionnelle ne suffit pas à constituer l'abus de droit ; il semble même que la seule conscience du préjudice causé à autrui ne serait pas irritante ; il y faut la volonté de nuire.

80 *bis.* — *La loi du* 18 *février* 1938. — On pourrait croire que la jurisprudence qui vient d'être analysée se trouve périmée depuis que la loi du 18 février 1938 a aboli la puissance maritale et conféré à la femme mariée le plein exercice de sa

(1) Civ. 26 avr. 1920 (D. P. 1924.1.119).

capacité civile (1). Mais, cette appréciation ne serait pas entièrement exacte : d'une part, l'autorité maritale n'a pas complètement vécu ; elle s'affirme encore à différents égards, et de quelque nom qu'on veuille l'appeler afin de ménager des susceptibilités ombrageuses, notamment par le droit reconnu au mari, chef de la famille, de choisir la résidence du ménage (2), droit qui est précisément susceptible d'abus dont le tribunal, en cas de désaccord entre les époux, sera le juge (3) ; d'autre part, la capacité de la femme mariée est loin d'être complète ; dans des cas assez nombreux, elle doit toujours obtenir une autorisation, soit à raison du régime matrimonial qui régit les époux, soit du fait de certaines limitations légales, instituées par des textes précis (4).

En dépit des apparences, il subsiste donc toujours une autorité maritale et une incapacité ou un défaut de pouvoirs de la femme mariée, d'où il faut conclure qu'il y a place, aujourd'hui encore, pour un abus de cette autorité, et, plus spécialement, du droit, qui continue à appartenir au mari, de refuser une autorisation, toujours exigée en vue de certains actes. Dans une large mesure, la réforme, si mal venue, de 1938 a une valeur « spectaculaire » (5) plutôt qu'effective, et elle n'a pas enlevé toute prise, il s'en faut, et bien au contraire, à la théorie de l'abus.

81. — Les puissances paternelle et maritale ne sont pas les seules prérogatives d'ordre familial qui comportent des limitations subjectives et qui soient susceptibles d'abus ; comme nous l'avons annoncé, la relativité des droits a, en pareille matière, la valeur d'un principe général et nécessaire, puisqu'il s'agit de prérogatives altruistes dont la finalité, même apparente, est extérieure à la personne du titulaire.

(1) C. civ. art. 215, § 1, nouv. réd.
(2) C. civ. art. 213, § 1, nouv. réd.
(3) Même texte, § 2.
(4) C. civ. art. 215, § 2, nouv. réd.
(5) V. SAVATIER, commentaire de la loi du 18 févr. 1938, dans les *Lois nouvelles*, 1938, 1re partie, p. 50.

82. — *Les pouvoirs du tuteur*. — Les pouvoirs que le code civil reconnaît au tuteur d'un mineur ou d'un interdit lui sont évidemment conférés, non point dans un intérêt personnel, mais bien dans celui de l'incapable dont la protection doit être assurée ; ce sont les pouvoirs d'un mandataire qui ne peut faire sienne l'affaire de son pupille et s'appliquer le bénéfice d'une gestion qui constitue une charge bien plutôt qu'une faveur ; il est donc naturel que les actes accomplis par un tuteur au mépris de cette directive comportent une sanction et engagent la responsabilité du contrevenant.

C'est par de telles considérations qu'il convient d'expliquer la défense faite au tuteur de procéder, fût-ce avec autorisation du conseil de famille, à des actes estimés incompatibles avec ses devoirs et avec l'esprit même de ses fonctions : c'est ainsi qu'il ne peut se rendre acheteur des biens de son pupille ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre lui (1) ; des actes de ce genre porteraient en eux-mêmes la marque de leur caractère abusif. Mais il en serait autrement et la défense légale fléchirait si le tuteur avait une raison légitime de se rendre acquéreur ou cessionnaire, comme s'il avait un droit de copropriété ou une hypothèque portant sur l'immeuble du mineur (2), ou comme si la créance contre le pupille lui était cédée à titre gratuit et indépendamment de son initiative, ce qui écarterait l'idée de spéculation de s part et, par conséquent, le soupçon d'un abus (3). Il faut signaler, comme se rattachant à des préoccupations du même genre, la jurisprudence qui s'est formée au sujet du déplacement du domicile du tuteur, en cours de tutelle, et de l'influence que cet événement est susceptible d'exercer sur la détermination du siège de la tutelle : la Cour de cassation résout la difficulté par une distinction ; pour elle, le lieu d'ouverture de la tutelle demeure

(1) C. civ. art. 450.
(2) V. SAVATIER, *Les personnes*, n° 593, dans le *Traité pratique de droit civil français*, de MM. PLANIOL et RIPERT.
(3) V. SAVATIER, *op. cit.*, n° 594.

obligatoire pour les conseils de famille qui tendent à compléter ou à modifier la tutelle, et c'est seulement pour les actes courants — tel l'agrément à donner à un acte du tuteur — que la convocation peut avoir lieu au domicile actuel de celui-ci (1) ; ainsi se trouvent déjoués les calculs tendant à modifier, au moyen d'un changement du domicile personnel, la composition du conseil de famille dont certains membres auraient été éliminés à la veille de prendre une décision importante ; grâce à cette jurisprudence, les transferts de domicile abusifs seront peu à redouter, mais il va sans dire que la fraude, si elle était démontrée, ferait échec à la règle et qu'elle destituerait de son efficacité le déplacement par elle inspiré, alors même que l'ordre du jour de la réunion ne dépasserait pas les limites de l'administration courante : *fraus omnia corrumpit* (2).

83. — *Les pouvoirs du mari comme chef.* — On sait que le mari commun en biens est investi de très larges pouvoirs d'administration sur les biens de la communauté ; s'il n'en est plus le *seigneur et maître*, il n'en exerce pas moins sur eux une maîtrise presque absolue qui va jusqu'aux actes d'aliénation immobilière à titre onéreux et jusqu'au plein pouvoir d'ester en justice. Cependant, ces prérogatives ont une limite que notre jurisprudence leur oppose, fidèle en cela à une longue tradition ; et cette limite est représentée par la fraude (3). Le mari, administrateur de la communauté, ne peut pas agir en fraude des droits de sa femme, et l'on considère qu'il agit frauduleusement soit lorsqu'il se propose de s'enrichir au détriment de la communauté, donc de son associée (4), soit lors-

(1) SAVATIER, *op. cit.*, n° 452 ; Req. 4 mai 1846 (D. P. 1846.1.129 ; S. 1846.1.465) ; Civ. 2 mars 1869 (D. P. 1869.1.199 ; S. 1869.1.151).

(2) SAVATIER, *op. cit.*, n° 452, *in fine*.

(3) V. RIPERT, *La règle morale*, n° 166 ; NAST, dans le *Traité pratique* de PLANIOL et RIPERT, t. VIII, nos 544 et s. ; LENOAN, dans le *Cours de droit civil* de CH. BEUDANT, 2e éd. par R. BEUDANT et P. LEREBOURS, t. X, nos 457, 479 et s. ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif*, 2e éd., t. III, nos 161 et s.

(4) Req. 31 juill. 1872 (D. P. 1873.1.340) ; Civ. 8 juill. 1912 (D. P. 1913.1.409) ; 4 déc. 1929 (D. P. 1931.1.81, note NAST).

qu'il agit en haine de celle-ci et dans le but de lui nuire, comme s'il poursuit systématiquement la vente à vil prix d'effets de la communauté (1). De tels actes sont irréguliers, comme contraires à l'esprit de l'institution, et ils comportent des sanctions variables allant depuis le paiement d'une récompense à laquelle la femme pourra prétendre, jusqu'à la nullité de l'acte frauduleux (2), au moins dans le cas où, conformément aux règles de l'action paulienne, l'acquéreur se serait fait le complice du mari.

Dans de pareilles éventualités, comme l'écrit M. Ripert : « L'administrateur qui use des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi pour satisfaire ses propres intérêts commet une sorte de détournement de pouvoir et l'acte accompli se trouve alors vicié par le but poursuivi (3). »

Il est à remarquer que l'action paulienne, dirigée contre un acte frauduleux mais sincère, accompli par le mari, et qui n'est elle-même qu'une adaptation de la théorie générale de l'abus des droits (4), est comprise ici avec un libéralisme exceptionnel, puisqu'on l'accorde à la femme alors même qu'elle n'aurait pas de créance à faire valoir contre son mari et dans l'hypothèse même où celui-ci serait solvable ; nous sommes ici en présence d'une action paulienne qui bénéficie d'un traitement de faveur et qui, en réalité, se rattache purement et simplement, sans l'interposition d'une autre institution et sans modalité particulière, au concept de l'abus (5) : le mari a détourné ses pouvoirs de chef de leur destination ; c'est assez, pourvu du moins que la femme ait subi un préjudice, pour que sa responsabilité soit engagée envers elle ; de tels pouvoirs lui avaient été conférés « dans l'intérêt du ménage » (6) ; il ne lui appartient pas de les faire siens, et moins encore d'en faire une machine de guerre contre son associée.

(1) Req. 27 janv. 1930 (S. 1932.1.97, note HUBERT).
(2) RIPERT, *op. cit., loc. cit.*
(3) RIPERT, *ibid.*
(4) *Infrà*, nº 105.
(5) V. NAST, *op. cit.*, nº 549.
(6) Req. 27 janv. 1930, précité, et note F. HUBERT.

CHAPITRE V

LE DROIT DES CONTRATS

---

84. — Avec le droit des contrats, nous allons découvrir une nouvelle fonction et un nouvel aspect de la théorie de l'abus, puisqu'elle va conditionner et assouplir, non plus des prérogatives légales, prétendument absolues, mais des rapports obligatoires qui sont l'œuvre de volontés privées et dont le caractère relatif a une valeur presque constante, en sorte que son relativisme va se trouver aux prises avec la relativité des obligations à laquelle elle vient se superposer et qu'elle va renforcer.

A cela, nulle contradiction et nulle superfétation : pour avoir une origine conventionnelle et une portée restreinte, les obligations, malgré leur abstraction traditionnelle (1), n'en sont pas moins des prérogatives sociales, destinées à se réaliser socialement, équitablement ; comme les droits réels, comme les droits dits absolus, elles comportent une finalité à l'encontre de laquelle elles ne sauraient être utilisées : dans

(1) SALEILLES a noté, au début de sa *théorie générale des obligations* le caractère traditionnellement théorique et abstrait de la matière des obligations ; mais M. RIPERT a relevé ce que cette réputation a d'excessif ; il estime, à juste titre, que, derrière la forme technique de ces rapports juridiques, il y a « une sorte de vie secrète » qu'on doit s'efforcer de retrouver. *La règle morale dans les obligations civiles*, nº 2 ; et TARDE avait déjà noté que la pérennité du droit des obligations est « plus apparente que réelle », car « la permanence trompeuse du droit formel dissimule ici les mutations du droit vivant » (*Les transformations du droit*, 2e éd., p. 123). Comp. L. JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, *Rev. trim. de droit civil*, 1937, p. 1.

notre droit français, et, plus généralement, en droit moderne, les contrats sont de bonne foi (1) ; c'est dans une atmosphère salubre, et non viciée, qu'ils doivent se préparer, se conclure, s'exécuter et se dénouer ; pas plus que les droits de domination et de puissance, ils ne sont appelés à devenir les instruments de la fraude ou de l'injustice ; ils ne sont pas à eux-mêmes leur propre finalité, mais des moyens employés en vue d'un but à atteindre ; les éloigner de ce but, c'est commettre un abus du droit contractuel.

85. — *Plan*. — Abus essentiellement variable et multiforme dont les manifestations infinies déjouent toute tentative d'énumération limitative, mais abus d'ordre toujours contractuel et qui se réfère immanquablement à l'un des différents stades de la vie des conventions : préparation, conclusion, exécution, dissolution, enfin période consécutive à la dissolution.

Cette constatation nous dicte le plan auquel nous nous conformerons en étudiant successivement :

1° Les abus commis au cours de la période précontractuelle, et dans le cas où les tractations n'aboutissent pas ;

2° Les abus qui se rattachent à la conclusion du contrat, ou du moins et plus exactement, ceux qui impliquent cette conclusion ;

3° Les abus dans l'exécution et le fonctionnement du contrat ;

4° Ceux qui sont commis à propos et dans la dissolution de la convention ;

5° Enfin ceux qui apparaissent au cours de la période consécutive à la dissolution du contrat et que nous appellerons la période postcontractuelle.

(1) C. civ. art. 1134 et 1135.

§ 1. — Abus commis au cours de la période précontractuelle et dans le cas seulement où les tractations n'aboutissent pas.

86. — Cette rubrique vise en somme une unique prérogative d'ordre négatif : le droit de ne pas contracter, le droit de se refuser, de se dérober à la convention dont la conclusion est désirée par autrui (1).

Un tel droit est-il susceptible d'abus ? ou bien ne faut-il pas y voir une prérogative discrétionnaire et souveraine, pouvant être exercée *ad nutum*, par chacun de nous ?

La réponse semble certaine, tellement certaine que la question en revêt quelque ridicule : comment concevoir que nous soyons contraints à souscrire à une opération qui, par définition même, suppose l'accord, le libre accord de deux volontés ? L'idée du contrat obligatoire, du contrat nécessaire produit l'impression d'un monstre juridique, d'une contradiction *in adjecto* ; la faculté de ne pas lier notre volonté à celle d'autrui apparaît d'abord comme intangible et sacrée, comme le dernier refuge de la dignité, de l'inviolabilité de la personne humaine, et on ne voit donc pas comment nous engagerions notre responsabilité par le refus que nous opposons à l'offensive contractuelle dirigée contre nous.

87. — Cependant, cette responsabilité peut fort bien nous incomber ; et même, pour en démontrer la possibilité, il n'est

(1) V. Ihering, *De la culpa in contrahendo*, Œuvres choisies, trad. de Meulenaere, t. II, p. 1 et s. ; Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle à propos d'une étude nouvelle sur la matière*, *Rev. trim. de droit civil*, 1907, p. 697 ; René Lucien Morel, *Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles*, *Rev. trim. de droit civil*, 1908, p. 289 ; P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse Lyon, 1911 ; Fagella, *Dei periodi precontrattuali*, mélanges Carle Fadda, p. 271 et s. ; Demogue, *Traité des obligations*, t. II, nos 546 et s. ; H. et L. Mazeaud, t. I, nos 116 et s. ; Eug. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, p. 34 ; P. Esmein, dans le *Traité pratique* de Planiol et Ripert, t. VI, nos 126 et s. ; Sallé, *L'évolution technique du contrat*, nos 31 et s.

pas absolument nécessaire de faire intervenir le concept de l'abus ; le refus de contracter peut revêtir plus qu'un caractère abusif ; il peut se présenter à nous comme un acte illégal, intrinsèquement illicite, si bien que nous devons reproduire ici une distinction identique à celle que nous avons établie pour d'autres droits — le droit de propriété notamment (1) ainsi que les sûretés (2) et le droit de recourir aux voies légales (3) — et que nous sommes amené à envisager deux situations juridiquement très différentes, l'une correspondant au défaut de droit, l'autre à l'abus de droit.

88. — I. — *Le refus de contracter, acte intrinsèquement illicite.* — Il arrive que le refus intervienne dans des conditions telles que, la question n'étant plus entière, la liberté contractuelle n'existait pas ou n'existait plus ; alors, et sans aucun doute, il présente, en principe et sauf circonstances exceptionnelles et justificatives, un caractère illicite, et il engage donc, par lui-même, abstraction faite de la moralité des parties, la responsabilité de son auteur. Il en est ainsi dans toute une série d'éventualités.

1° Il est d'abord évident que ceux qui exercent leur profession en suite d'une investiture des pouvoirs publics et sous leur contrôle, ne sauraient émettre la prétention de choisir leurs clients et de refuser arbitrairement le secours de leur fonction à une personne qui le sollicite. Telle est bien la situation des officiers ministériels, notaires (4), avoués, huissiers, agents de change, dont le ministère a un caractère doublement obligatoire, pour le titulaire comme pour le public (5).

(1) *Suprà*, n° 26.
(2) *Suprà*, n° 38 *bis*.
(3) *Suprà*, n° 62.
(4) Loi du 25 ventôse an XI, art. 3 : « Ils sont tenus de prêter leur ministère lorsqu'ils en sont requis. »
(5) Au contraire, l'avocat peut refuser tout acte de son ministère (J. APPLETON, *Traité de la profession d'avocat*, n° 325) : à la différence des officiers ministériels, il n'a pas reçu d'investiture des pouvoirs publics ; il n'exerce pas une charge publique.

89. — 2° Les entreprises qui jouissent d'un monopole, de droit ou de fait, n'ont pas davantage la faculté de choisir leurs clients ; le privilège dont elles sont investies leur fait un devoir de se tenir à la disposition du public qui n'a pas la ressource de s'adresser ailleurs et qui peut donc les contraindre juridiquement à exercer leur activité professionnelle de façon objective, en dehors de convenances personnelles. Ainsi en est-il des administrations de chemins de fer, astreintes à recevoir toutes marchandises et à accepter tous voyageurs dans les limites précises fixées par les règlements (1) ; des entreprises de messageries, lorsqu'elles bénéficient d'un monopole de droit ou de fait (2) ; et aussi d'un théâtre ou d'un casino, du moins lorsque les conditions dans lesquelles a été établi et fonctionne un établissement de ce genre lui confèrent un véritable privilège d'exploitation et enlèvent au public la possibilité de s'adresser à une entreprise similaire (3).

Ces personnes, ces entreprises et ces établissements ne sauraient donc, en thèse générale, se soustraire à la conclusion de la convention qui leur est demandée; en principe, elles commettraient, en ce faisant, une illégalité, et seraient comptables de leur refus incorrect (4). Toutefois, ce n'est point à dire que leur

(1) V. *Cah. des charges*, art. 49, al. 1 ; D. 11 novembre 1917, art. 69. — Req. 21 avr. 1857 (D. P. 1857.1.176) ; 5 mars 1873 (D. P. 1873.1.230). L. JOSSERAND, *Les transports*, 2e éd., nos 335 et 815.

(2) Civ. 3 déc. 1867 (D. P. 1867.1.471) ; Bordeaux, 8 mars 1881 (D. P. 1882.2.208).

(3) Req. 19 févr. 1896 (D. P. 1896.1.449) ; dans l'espèce, la société du Casino de Nice émettait la prétention d'user « d'un droit absolu et sans contrôle » en refusant l'entrée de l'établissement à qui bon lui semblait ; la Cour de cassation estima que cette prétention n'était point fondée, une société qui bénéficie d'une situation privilégiée ne pouvant pas invoquer à son profit les règles de la liberté du commerce et de l'industrie et n'étant donc pas à même d'interdire l'accès du casino, sans raison plausible, « par caprice ou par rancune ». *Contra* : Trib. Pont-l'Evêque, 25 juill. 1878 (D. P. 1880.3.22).

(4) Il en est autrement, d'après la jurisprudence, des hôteliers et restaurateurs, lesquels ne sont plus tenus de recevoir tous les clients qui se présentent à eux, comme leur en faisait un devoir l'ordonnance du 20 janv. 1563, et qui peuvent se réclamer du grand principe de la liberté du commerce et de l'industrie, posé dans la loi du 2-17 mars 1791, art. 7 : *Sic* : Crim. 18 juill. 1862 (D. P. 1863.1.485) ; Trib. civ. Seine, 23 mars 1892, Trib. civ. Nice, 7 avr. 1892 (D. P. 1894.2.132).

réceptivité contractuelle soit infinie : elle trouve sa limite, tantôt dans des règlements qui s'en expliquent formellement, tantôt dans des circonstances personnelles au client que les tribunaux apprécient souverainement en cas de contestation : c'est ainsi qu'une administration de chemins de fer peut refuser le transport à un voyageur en état d'ivresse ou qui serait atteint d'une maladie contagieuse (1) et qu'un directeur de théâtre ou de casino serait fondé à interdire l'accès de son établissement à un indésirable dont la présence serait une occasion de troubles et de scandales (2). Et ainsi la notion du motif légitime fait ici un retour offensif ; notre jurisprudence s'y réfère d'ailleurs parfois expressément (3) ; seulement, elle ne la fait intervenir que rarement et à titre exceptionnel, en vue de justifier l'exercice d'une prérogative qui, en principe, n'existe pas ; si bien que la démonstration doit en être faite, non par le plaignant, demandeur en indemnité, mais par son adversaire, l'auteur du refus ; c'est à ce dernier qu'il incombe d'établir la réalité des circonstances toutes particulières qui lui ont permis de décliner la conclusion d'une opération, en principe obligatoire pour lui (4) ; jusque-là, jusqu'à plus ample informé, il doit être tenu pour responsable, ayant accompli un acte contraire au statut qui régit son activité professionnelle. La preuve du *motif légitime* est ainsi rejetée de l'autre côté de la barricade, dans la partie *défense* du procès, au lieu que, d'ordinaire, c'est la preuve du *motif illégitime* qui, incombant au demandeur, fait partie intégrante de la demande, de l'*action*, au sens romain du mot.

90. — 3° En dehors des cas que nous venons d'énumérer, il convient de réserver encore ceux où la liberté contractuelle

(1) D. 11 nov. 1917, art. 81.
(2) Req. 19 févr. 1896, motifs (D. P. 1896.1.449) ; Trib. civ. Pont-l'Evêque, 25 juill. 1878 (D. P. 1880.3.22).
(3) Bordeaux, 8 mars 1881, arrêt précité. — Comp. Crim. 11 janv. 1889 (D. P. 1889.1.222).
(4) V. les décisions ci-dessus.

serait entamée, non plus par une disposition ou un principe d'ordre général, mais par la volonté même de l'une des parties qui aurait joué le rôle de pollicitant, soit vis-à-vis du public, soit à l'égard d'une personne déterminée.

Sans doute, dans notre droit positif français, les offres sont révocables en principe ; elles ne lient pas leur auteur qui peut les retirer à volonté (1) ; mais, d'une part, cette révocabilité comporte une importante limitation relative aux offres accompagnées de délais, lesquelles sont obligatoirement maintenues pendant le temps fixé par la loi, les règlements ou les usages (2) ; d'autre part, il arrive que les offres pures et simples elles-mêmes ne peuvent plus être rétractées, puisque, lorsqu'elles ont été acceptées par le destinataire, tous les éléments se trouvent alors réunis pour la formation du contrat, lequel est parfait et lie donc désormais les parties, si bien que le pollicitant qui prétendrait alors retirer son offre, se trouverait en réalité dans la situation d'un débiteur contractuel qui refuse d'exécuter ses engagements ; ce n'est pas seulement un abus qu'il commettrait ainsi, mais bien une violation du contrat, un acte directement contraire au droit.

Ce point de vue est universellement accepté (3) ; les difficultés n'apparaissent, et elles sont de pur fait, que lorsqu'il s'agit de décider si, dans un cas déterminé, telle personne, tel commerçant se trouvait bien, vis-à-vis du public ou de tel individu déterminé, dans un état d'offres susceptibles de se muer en contrats par la seule adhésion de l'intéressé. L'affirmative ne fait aucun doute lorsque les conditions de l'opération ont été incluses dans l'offre avec une suffisante précision, comme si un commerçant place un objet dans une vitrine, dans un rayon ou un étalage, en l'accompagnant d'une étiquette indicatrice du prix : il appartiendra alors à quiconque

(1) V. COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE, t. II, n° 28 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n°s 969 et s. ; P. ESMEIN, dans le *Traité pratique* de PLANIOL et RIPERT, t. VI, n° 121.

(2) Mêmes références.

(3) Mêmes références.

de s'emparer de l'offre-type et d'en faire jaillir un contrat par sa seule adhésion à laquelle ne saurait plus se soustraire celui qui l'a sollicitée et provoquée (1) ; mais le doute surgit lorsque l'offre se présente vague et incomplète, telle celle d'un hôtelier, d'un restaurateur, d'un tenancier de casino dont les établissements sont bien ouverts au public, mais à des conditions complexes et nuancées, subordonnées à l'importance et à la qualité de la fourniture, peut-être même à la personnalité des clients sur laquelle on comprend que le commerçant ou l'industriel tienne à exercer un contrôle nécessaire à la bonne tenue et à la prospérité de sa maison. En pareil cas, il semble que l'offre ne soit plus que conditionnelle, de telle sorte que la réceptivité contractuelle de son auteur ne se présente plus comme absolue et qu'il doive être considéré comme s'étant réservé la possibilité de préciser et de réaliser, à l'occasion de chaque adhésion, l'offre générale, précédemment adressée à la collectivité dans un esprit de publicité bien plutôt qu'avec la volonté de se lier au gré de tout venant (2).

Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que, dans l'appréciation des adhésions, l'auteur de telles offres jouisse d'une absolue liberté : encore faut-il qu'il se maintienne dans le cadre desdites offres en ne se laissant guider que par des considérations légitimes ; sinon, il abuserait du droit qui lui appartient de sélectionner les bénéficiaires de ses propositions (3). Nous arrivons ainsi à l'examen de la deuxième situation que nous avions distinguée, celle de l'individu qui, en se refusant à

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, nº 971.

(2) En ce sens : pour les boulangers : Crim. 11 janv. 1889, précité ; — pour les hôteliers, Crim. 18 juill. 1862, précité ; Trib. civ. Nice, 7 avr. 1892, précité ; — pour les restaurateurs, Trib. civ. Seine, 23 mars 1892, précité ; — pour la société d'un casino, Req. 19 févr. 1896, motifs, précité ; Trib. civ. Pont-l'Evêque, 25 juill. 1878 ; — pour le propriétaire d'un café, Trib. de la Seine, 16 juin 1926 (*Gaz. Pal.*, 17 oct. 1926).

(3) V. les décisions ci-dessus. Comp. MOREL, *op. cit.*, p. 300 et s. Cependant, le tribunal de la Seine (décision précitée du 16 juin 1926). semble admettre le caractère absolu du droit, pour le propriétaire d'un café, de choisir ses clients. V. DEMOGUE, *Rev. trim. de droit civil*, 1926, p. 1045).

contracter, exerce bien un droit, mais d'une façon abusive et en engageant donc sa responsabilité en considération des mobiles auxquels il obéit et du but qu'il poursuit.

91. — II. — *Le refus de contracter, acte abusif*. — Nous supposons désormais que l'auteur du refus ne se trouvait lié, ni par une disposition légale ou réglementaire l'astreignant à faire acte professionnel envers tout venant, ni par une offre claire et précise qu'il aurait précédemment adressée au public ou à une personne déterminée et qui serait susceptible d'être muée en contrat par une adhésion pure et simple ; alors, la situation était entière ; le renonçant avait un pouvoir de détermination absolu, semble-t-il ; il en a usé librement, au gré de ses intérêts, de ses passions ou de sa fantaisie ; et il n'hésitera pas à répondre aux critiques qui pourraient lui être adressées : « *feci, sed jure feci* ». L'inertie n'est pas seulement une force ; elle est aussi un droit, et un droit absolu, illimité.

92. — Cependant, ce n'est pas sans réserves qu'il convient d'enregistrer cette vérité simple et trop évidente, ce truisme ; il y a abstention et abstention, inertie et inertie ; la passivité, comme l'absentéisme, comporte des degrés.

Si cette passivité est intégrale, on ne conçoit guère qu'elle puisse engager la responsabilité du patient, car on ne voit pas quelle pourrait être alors la prise de l'abus. Une personne reçoit une offre, sans avoir rien fait pour la provoquer ; c'est par exemple, le propriétaire d'un immeuble à qui un voisin, un professionnel, un individu quelconque adresse des propositions d'achat ; ou bien c'est le possesseur d'un tableau, d'un meuble ancien, d'un objet d'art qui est sollicité de vendre par un connaisseur, un collectionneur, un antiquaire, à l'affût d'une occasion profitable. La liberté de ce propriétaire est intégrale ; sa puissance de détermination est, théoriquement du moins, invincible ; aucune considération, aucune menace, aucun chantage ne sont susceptibles de la réduire ; et le refus

par lui opposé au pollicitant ne saurait comporter aucune sanction ; les motifs en sont indifférents, et nul n'est fondé à les dégager et à les retenir, fussent-ils absurdes, malveillants ou malicieux ; c'est ainsi, notamment, qu'on ne pourrait pas faire grief à ce propriétaire récalcitrant de méconnaître ses véritables intérêts en refusant l'aubaine inespérée qui lui est offerte, par exemple en s'obstinant à conserver un terrain ou une maison dont il ne retire cependant aucune utilité (1). La raison en est, non seulement dans les exigences de la dignité, de la liberté humaines qui ne sauraient s'accommoder d'une telle immixtion dans la gestion de notre patrimoine, d'une telle expropriation de notre volonté par la volonté d'autrui, mais aussi dans cette particularité que le refus n'a causé aucun préjudice positif à la personne à laquelle il a été opposé et qui a seulement manqué une occasion de s'enrichir : or, sans intérêt pas d'action.

La Cour de cassation a eu l'occasion de faire application de ces notions de bon sens aux prétentions émises par un pollicitant évincé qui reprochait à son contradicteur l'obstination par lui apportée à refuser la cession d'un terrain dont on lui offrait un prix triple de sa valeur et qui était d'ailleurs sans utilité pour lui, constitué qu'il était de roche et de gravier. La chambre des requêtes répondit justement à ces doléances qu'en opposant et en maintenant son refus, ce propriétaire récalcitrant n'avait nullement fait un usage abusif de son droit, mais qu'il s'était borné à vouloir le conserver, ce dont nul n'était fondé à lui tenir rigueur (2).

93. — La question se pose dans des termes sensiblement différents lorsque l'auteur du refus avait, sans faire lui-même

(1) MOREL, *op. cit.*, p. 299.

(2) Req. 24 nov. 1924 (S. 1925.1.217, note BRÈTHE). On peut seulement reprocher à la chambre des requêtes d'avoir placé la question sur le terrain de l'abus du droit de propriété, alors que, à notre sentiment, c'est bien plutôt d'un abus du droit de se refuser à contracter qu'il pouvait être question.

des offres catégoriques, nettes et précises, créé une situation de nature à provoquer des propositions de cette nature. C'est un commerçant qui tient boutique sans indiquer ostensiblement le prix des articles offerts à sa clientèle ; c'est un patron qui fait appel à la main-d'œuvre, qui « demande des ouvriers » ; c'est un hôtelier, un restaurateur qui se bornent à solliciter la clientèle sans afficher de tarifs : lorsqu'une personne, cédant à cet appel collectif, se présente pour traiter, est-elle exposée à se heurter à un refus, singulièrement désagréable, voire même désobligeant ? Et ce refus peut-il être opposé purement et simplement, sans raisons à l'appui, ou encore pour une raison quelconque, laissée à la discrétion du pollicitant transformé en pollicité ? Ou bien, au contraire, une telle résistance, muette ou appuyée sur des motifs incorrects, n'est-elle pas à même d'engager sa responsabilité ? Poser ces questions, c'est se demander si le droit de se refuser à contracter est ou non susceptible d'abus.

Il importe, et il est légitime que le problème soit énoncé en ces termes, sous cette forme à la fois abstraite et précise. Il est bien vrai que certains auteurs protestent contre cette vue juridique ; pour M. Ripert, notamment, il n'y a point place, rationnellement, pour l'abus du droit de ne pas contracter ; car, ou bien des offres avaient été adressées au public et alors l'auteur du refus fait plus qu'abuser de son droit, il méconnaît le droit d'autrui, il s'insurge contre lui ; ou bien, la situation était entière, et alors le refus peut bien engager la responsabilité de son auteur vis-à-vis d'un tiers, mais non point à l'égard du candidat au contrat ; de telle sorte qu'en toute éventualité, il n'y a pas abus du droit de ne pas contracter, mais soit violation d'un contrat, soit fraude commise envers un tiers (1).

Nous ne pensons pas que ce dilemme soit fondé ; à notre avis, les deux termes en sont erronés ; d'une part, l'émission d'une offre peut fort bien, nous l'avons montré, ne point placer

(1) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, nº 100.

le pollicitant dans un état de réceptivité contractuelle intégrale ; seules, les offres complètes, précises, confectionnées en série, le mettent en telle posture, à l'exclusion des offres collectives et vagues, destinées à se préciser, sur mesure, au cours de tractations individuelles, et voilà pour le premier terme du dilemme ; d'autre part, et c'est la réponse à la deuxième formule, il est parfaitement possible et il arrive que le refus de contracter nuise à la personne qui désirait traiter et qui prend l'initiative d'une demande en dommages-intérêts : si bien que, de toute façon, la question est susceptible de surgir dans le champ de l'abus d'un droit qui ne saurait être évidemment que le droit de se refuser à la conclusion d'un contrat.

Droit particulièrement respectable, sans doute, droit sacré, mais pas au point de devenir une prérogative absolue, à réalisation discrétionnaire. Encore faut-il tenir compte de l'objectif en vue duquel il est exercé, surtout lorsque cet objectif n'est point spécial à une tractation déterminée, isolée, mais qu'il prend la valeur d'une attitude, d'une règle de conduite dont le refus ou les refus successifs de contracter ne sont que la manifestation répétée ; si cette règle de conduite est illégale, si elle se trouve en conflit avec nos institutions fondamentales, si elle fait échec à l'ordre public, elle ne saurait prétendre à la protection juridique, et les refus de contracter, par elle postulés et qui en sont autant d'expressions sensibles, doivent comporter des sanctions effectives : produits d'une combinaison, d'une machination illicite, ils ne peuvent s'intégrer dans le plan des institutions contre lesquelles ils sont dirigés ; eux-mêmes sont illicites, non pas intrinséquement sans doute, mais à raison du système auquel ils ressortissent et dans lequel ils viennent s'encadrer, de l'esprit qui les a dictés, ce qui est bien la caractéristique de l'acte abusif (1).

(1) V. ce qui est dit aux nos 129 et s. pour le refus opposé par un propriétaire à l'agrément d'un sous-locataire qui lui est proposé par le locataire principal ; nous ne traitons pas à cette place de cette difficulté parce qu'elle se rattache en réalité à l'exécution d'une con-

94. — Pour préciser ces considérations d'ordre général, on peut supposer que le chef d'un établissement commercial ou industriel refuse systématiquement d'embaucher les ouvriers de nationalité française, ou bien les ouvriers mariés et principalement les pères de famille, estimant que sa responsabilité sera moins lourdement engagée, en cas d'accident, si son personnel se compose exclusivement d'étrangers célibataires ; sa volonté ne fait aucun doute ; il refuse les ouvriers français parce que Français, les pères de famille parce qu'ils ont des enfants ; son plan d'action est nettement établi en ce sens. Ce plan est-il tolérable ? Va-t-il pouvoir être mis à exécution méthodiquement, impunément ? Est-il admissible qu'un patron français boycotte ses compatriotes et entre en lutte ouverte avec des institutions vitales telles que la famille et le mariage ? Ou bien ne faut-il pas dire qu'en faisant ainsi échec à l'ordre social, ce patron commet une faute, un délit, et qu'il abuse d'un droit, sacré sans doute, mais à un moindre degré que les institutions auxquelles il prétend s'attaquer : le droit de ne pas contracter ?

Ce passionnant problème s'est posé au juge, non point dans les termes que nous venons de supposer, mais dans des termes analogues qui en constituent une simple transposition. Ce n'était pas les droits de la nationalité ou ceux de la famille qui se trouvaient en cause, mais ceux du commerce ou de l'industrie, ou bien, plus fréquemment, ceux des syndicats. Les refus de contracter procédaient du désir, soit de boycotter un commerçant ou un industriel, en faisant le vide autour de lui, en lui rendant la vie impossible, soit de paralyser l'action et de ruiner l'autorité d'un syndicat professionnel d'ouvriers ou d'employés en écartant systématiquement ses affiliés.

Les refus de la première catégorie portaient atteinte, par l'idée maîtresse à laquelle ils ressortissaient, au grand principe de la liberté du commerce et de l'industrie ; nous les retrouve-

vention (le bail principal) plutôt qu'à l'élaboration d'une convention nouvelle.

rons en étudiant les abus de cette liberté et du droit de concurrence (1). A cette place, nous ne retiendrons que les refus de la deuxième espèce, ceux qui sont opposés aux membres d'un syndicat d'ouvriers ou d'employés, en cette seule qualité.

95. — Comme toujours lorsqu'il s'agit d'abus d'un droit ou même, plus généralement, de responsabilité, nous voyons s'affronter deux droits antagonistes qui réclament chacun sa place au soleil ; ici, c'est, d'une part la liberté contractuelle, d'autre part le droit syndical ; c'est entre ces deux prérogatives à large envergure qu'il s'agit de décider.

Certes, la liberté contractuelle est indispensable à l'existence même de toute société ; elle est la condition de l'activité comme elle est fonction de la dignité humaine ; elle est particulièrement nécessaire lorsqu'on l'envisage sous son aspect négatif, en tant que liberté de ne pas conclure une convention. Mais il ne semble pas que cette liberté même soit infinie ; elle ne doit pas être utilisée à l'encontre d'autres libertés également sacrées ou d'institutions centrales du pays ; elle ne saurait être exercée que socialement et à bon escient. Libre au patron de choisir des ouvriers, de refuser tel ou tel, mais à la condition que son refus soit motivé par des raisons d'ordre professionnel : son personnel est au complet, ou bien l'ouvrier qui lui offre ses services est inexpérimenté, insuffisamment versé dans les choses de son métier, ou trop jeune, ou encore il ne peut produire aucun certificat, donner aucune référence, ou il manque de force physique, etc. ; le chef de l'entreprise pourrait même ne pas motiver du tout son refus ; mais il serait intolérable qu'il pût le motiver en haine de telle ou telle institution contre laquelle il pratiquerait ainsi une offensive systématique et dont il arriverait, surtout s'il était imité par d'autres patrons, à compromettre le fonctionnement et jusqu'à l'existence. Car il est évident que si le patronat a la possibilité

(1) *Infrà*, nos 169 et s.

de mettre impunément à l'index les syndicats professionnels qui groupent le personnel, les libertés syndicales seront sérieusement menacées, les ouvriers et les employés se trouvant placés dans l'alternative ou bien de rester syndiqués en s'exposant au chômage forcé, ou bien de trouver du travail en abandonnant le syndicat. Et, qu'on veuille bien le remarquer, ce n'est point seulement une institution, le syndicat professionnel ouvrier, qui serait alors menacé ; ce serait aussi la liberté contractuelle elle-même, la liberté d'adhérer à une organisation syndicale ; et on n'aurait donc sauvegardé la liberté de ne pas contracter, chez le patron, que pour compromettre et ruiner le droit de contracter, chez l'employé : tant il est vrai que tout se tient dans ce grand problème de la responsabilité, le droit de l'un devant s'arrêter à un point donné pour livrer passage au droit de l'autre et tout se ramenant, en somme, à une question d'équilibre des droits en présence, tous concurrents et tous mitoyens.

96. — Cet équilibre, notre jurisprudence le réalise en faisant appel, pour le refus de contracter lui-même, à la notion de l'abus et en traçant ainsi des limites subjectives à la liberté contractuelle envisagée sous sa forme négative. Elle se montre d'ailleurs, dans l'établissement de ces limites, extrêmement libérale, n'admettant comme constitutif de l'abus qu'un seul et unique mobile : le désir de nuire au syndicat, l'esprit de malveillance à son endroit. C'est seulement s'il est animé d'une telle volonté, que le patron devient comptable de son refus ; son attitude est irréprochable du moment qu'il a obéi à des préoccupations d'ordre professionnel et qu'il n'a écouté que son intérêt, à l'exclusion de toute passion ; seul, un acte d'hostilité engage sa responsabilité, et il est admis en jurisprudence que le refus d'embauchage, fût-il motivé expressément par l'affiliation du candidat à un syndicat professionnel, ne rentre pas intrinsèquement dans cette catégorie ; il n'y accède qu'à raison de l'esprit de malveillance qui serait à son origine et

qui l'aurait vicié. Suivant la Cour de cassation, « tout employeur a le droit de choisir librement le personnel qu'il veut attacher à son entreprise... il a notamment la faculté de ne pas prendre à son service les personnes faisant partie d'un syndicat... » (1).

Cette dernière décision est d'autant plus intéressante que, dans l'espèce, l'employeur ne s'était pas contenté de refuser l'embauchage aux employés syndiqués ; pénétrant plus avant dans la voie de l'opposition, il avait inséré, dans chaque contrat de louage de services par lui conclu, une clause en vertu de laquelle l'employé — ou plutôt l'artiste — déclarait ne pas appartenir au syndicat et s'obligeait à ne pas s'y affilier pendant la durée de l'engagement, à peine de résiliation immédiate de la convention et d'un dédit de cinq cents francs. Cette stipulation était-elle licite ? La Cour de cassation tranche le problème en distinguant selon que la clause litigieuse procède ou non d'une pensée d'hostilité vis-à-vis du syndicat : nulle dans le cas de l'affirmative, elle est valable dans l'éventualité inverse, ayant pour but, par exemple et comme il apparaissait dans l'espèce, de servir les intérêts de l'entreprise en conjurant une interruption soudaine des concerts au cours de la saison : car on ne saurait reprocher à un entrepreneur de prendre le souci de ses intérêts professionnels.

Ainsi, l'abus réside, en pareille matière, non point dans le fait de refuser de traiter avec un ouvrier, un employé, un artiste, parce que syndiqué, mais dans cette circonstance aggravante que le refus procède de considérations étrangères à des intérêts professionnels ; en somme, pour la jurisprudence, c'est l'égoïsme sacré qui devient le sentiment sauveur, pour

(1) Civ. 9 mars 1915 (D. P. 1916.1.25 ; note PLANIOL) ; V. aussi : Req. 13 mars 1905 (D. P. 1906.1.113, note PLANIOL). Trib. civ. Bordeaux, 14 déc. 1903 (S. 1905.2.17, note FRERON) ; M. FERRON approuve, dans cette note, la position prise par la jurisprudence ; à son avis, pour qu'il y ait faute du patron, il faut que celui-ci n'ait eu qu'un but, nuire au syndicat ; et la poursuite de ce but « ne résulte pas nécessairement du seul refus d'embauchage ». Comp. DEMOGUE, *Obligations*, t. I, nº 562 ; t. IV, nº 656.

l'employeur comme pour le propriétaire ; tandis que la passion exerce sur l'abstention de celui-là comme sur l'acte positif de celui-ci une influence pernicieuse.

97. — On peut d'ailleurs douter de la valeur sociale de cette jurisprudence et estimer préférable de considérer comme illicite, par elle-même et dans tous les cas, la volonté, chez le patron, de ne pas employer d'ouvriers syndiqués ; le syndicat est une institution régulière, de grande envergure et qui devient de plus en plus le cadre normal de l'activité professionnelle en tout pays ; il semble donc difficile d'admettre qu'il puisse être contre-battu par des volontés individuelles, fussent-elles pures de toute malignité (1).

98. — Au reste, il ne faudrait pas croire que le système de la Cour de cassation assure le triomphe des libertés individuelles sur la tyrannie collective des syndicats ; ou, du moins, le succès qu'il consacre dans cet ordre d'idées est contre-balancé par une défaite symétrique. Comme il était à prévoir, la pratique a vu naître une stipulation inverse de celle que nous venons d'examiner : il arrive qu'un employeur s'engage à n'admettre que des ouvriers, employés ou artistes syndiqués, à l'exclusion des non affiliés ; et cette clause devait être reconnue valable pour les raisons mêmes qui sauvent la précédente, et dans la même mesure, celle où elle cadre avec les intérêts professionnels du patron, désireux de conjurer des grèves et de faire l'apaisement. Les ouvriers refusés ou congédiés pour cause de non-affiliation au syndicat sont alors mal fondés à se plaindre et ne pourraient exiger une indemnité de la part du syndicat qui a exigé du patron leur congédiement (2).

C'est une solution bien dure pour les isolés qu'elle place en

(1) V. en ce sens : Trib. com. Epernay, 28 févr. 1906 ; Trib. civ. Lille, 12 nov. 1906 (D. P. 1908.2.73, note L. JOSSERAND).

(2) Civ. 24 oct. 1916 (D. P. 1916.1.246). — V. en sens contraire et pour la nullité de la clause, une décision du Trib. de paix de Bordeaux, du 18 août 1903 (S. 1905.2.17, note FERRON).

présence du terrible dilemme : ou bien le syndicat, ou bien le chômage forcé et la misère ; de toute façon, on aboutit à l'écrasement de l'individu par l'organisation collective cependant imaginée pour le protéger et qui ne lui laisse, somme toute, qu'une liberté intégrale : celle de mourir de faim.

99. — En résumé, la liberté de ne pas contracter ne comporte, dans l'opinion unanime, aucune limite lorsque la situation est entière, l'auteur du refus n'ayant pris antérieurement aucune initiative, directe ou indirecte, expresse ou tacite ; elle est, au contraire, susceptible d'abus lorsqu'elle avait été précédemment entamée par une initiative de ce genre, affectant la forme d'offres inconditionnées, de coups de sonde ; l'abus est alors constitué, comme toujours, par le mobile illégitime, plus spécialement et plus sûrement par l'intention malveillante, mais étant entendu que le fardeau de la preuve incombe, sur ce point, au demandeur en indemnité. Enfin, si des offres précises, personnelles ou impersonnelles, mais conditionnées, ont été faites, leur retrait devient impossible du moment que quiconque s'en est emparé ; le repentir, de la part du pollicitant, équivaudrait, non seulement à un abus, mais à la violation du droit contractuel.

§ 2. — Abus qui se rattachent a la conclusion du contrat, ou qui, tout au moins, impliquent cette conclusion.

100. — La restriction énoncée dans la rubrique du présent paragraphe était rendue nécessaire par cette particularité que bon nombre des circonstances abusives qu'elle vise se réfèrent non point au moment même de la conclusion du contrat, mais bien plutôt à la période antérieure, telles notamment les manœuvres constitutives de dol ou de violence ; elles se rattachent donc étroitement à la responsabilité précontractuelle, mais avec cette précision et cette nuance qu'elles ont abouti,

nous le supposons, à la formation du contrat qu'elles marquent de leur empreinte et sur la valeur duquel elles sont susceptibles d'exercer une influence décisive, mettant ainsi en cause, d'une façon directe, le droit contractuel lui-même, strictement entendu.

Avec les circonstances de cette catégorie, c'est encore le problème de la liberté contractuelle qui s'offre à nous, mais sous une forme différente, la plus classique et la plus essentielle, la forme positive. Nous venons de constater qu'on n'est pas toujours fondé à se dérober à la conclusion d'une convention ; nous allons maintenant noter — et l'observation est banale — qu'on ne peut pas toujours contracter à sa guise, que les volontés individuelles n'ont pas le champ absolument libre, le législateur ayant pris des mesures pour éviter que le plus faible ne soit écrasé par le plus fort, ou le plus honnête par le moins scrupuleux, et, d'une façon plus générale, pour assurer le règne de la justice dans les rapports contractuels comme dans l'usage des libertés extra-contractuelles, pour sanctionner la faute *in contrahendo* aussi bien que celle qui est commise *in delinquendo*, pour conjurer le détournement, la parodie, l'abus du droit contractuel, car « le droit de faire des actes juridiques est, comme tous les autres droits, susceptible d'abus (1) ».

C'est le législateur lui-même, et non plus seulement la jurisprudence, qui s'est constitué expressément, dans cet ordre d'idées, le champion de la justice et de la morale ; les règles qu'il a posées à cet effet, les institutions qu'il a réglementées à cette occasion font partie du droit commun universel et permanent, en sorte que la théorie de l'abus se résume et se concrétise ici dans des solutions précises et revêt des contours nettement arrêtés, familiers aux juristes de tous les pays et de tous les temps : ce nous sera une raison de glisser

(1) RIPERT, *La règle morale*, nº 170.

plus rapidement sur des notions devenues banales, dans leurs grandes lignes tout au moins.

101. — *Plan*. — Les restrictions d'ordre subjectif apportées à l'autonomie de la volonté, dans le domaine ainsi précisé, soit par notre législation, soit aussi par la jurisprudence, sont fort nombreuses et très diverses : nous les classerons dans différentes catégories, selon qu'elles sont inspirées par l'intérêt de l'une des parties, ou par celui de leurs créanciers, ou par celui des tiers, ou enfin par des considérations tirées de l'ordre public et des bonnes mœurs ; nous aurons ainsi à nous occuper successivement, en termes succincts, des entreprises, des abus auxquels la liberté contractuelle serait tentée de se prêter soit de contractant à contractant, soit au préjudice des créanciers, ou vis-à-vis de tiers déterminés, ou encore à l'encontre des exigences de l'ordre public et des bonnes mœurs.

102. — I. — *Abus commis dans les rapports des contractants entre eux*. — Un de ces abus peut consister dans le silence prolongé qu'observe le destinataire de l'offre ; parfois, ce silence est interprété par le juge dans le sens d'une acceptation tacite à *qui ne dit mot consent* ; les relations précédemment établies entre les deux intéressés jouent un rôle décisif en pareille matière (1). Et le législateur lui-même a consacré le silence comme forme d'acceptation d'une offre, en ce qui concerne le contrat d'assurance (2).

On explique alors la formation du contrat en considérant que l'abstentionniste abuse du droit au silence et qu'il engage de ce chef sa responsabilité ; la sanction en nature, adéquate à la faute commise et au préjudice causé, consiste dans la formation du contrat (3).

(1) V. Req. 4 juill. 1923 (*Gaz. Pal.* 1923.2.116) ; 8 avr. 1936 (*Gaz. Pal.*, 1936, 8 juill.) ; Lyon, 11 avr. 1933 (D. H. 1933.387).
(2) L. 13 juill. 1930, art. 7, § 2.
(3) *Sic*. DEMOGUE, *Obligations*, t. III, n° 37 *ter* ; POPESCU, *Rev. trim. de droit civil*, 1930, p. 999.

Hors de là, l'abus existe parce que la volonté juridique a été utilisée par l'une des parties en vue de faire tort à l'autre, et, généralement, dans le but plus lointain de réaliser un bénéfice injuste (1) ; la liberté contractuelle a été ainsi détournée de son but légitime ; elle a été exercée à l'encontre de l'esprit qui l'a fait instituer ; il semble donc qu'une sanction énergique s'impose et que la convention entachée d'un tel vice originel doive être sujette à nullité relative, dans tous les cas.

Tel n'est pas cependant l'état de notre droit positif actuel ; la nullité est encourue, non point en principe, mais seulement si des manœuvres caractéristiques ont été employées, qui soient constitutives de violence ou de dol (2), et encore à la condition qu'elles aient joué un rôle déterminant, qu'elles aient véritablement déclenché le consentement de la victime (3), sinon, le contrat restera debout, inattaquable, étant d'ailleurs entendu que l'auteur des agissements répréhensibles et préjudiciables pourra encourir, à l'occasion, une condamnation à des dommages-intérêts.

103. — Sans doute, notre code civil retient encore, en tant que vice du consentement et à côté du dol et de la violence, la lésion qui est susceptible d'entraîner, sinon l'annulation, du moins la rescision de l'acte conclu à des conditions trop désavantageuses pour l'une des parties (4). Mais on sait que c'est là une cause de destruction limitée, du moins pour les

(1) On peut cependant supposer que l'un des contractants ait voulu causer un préjudice à l'autre, par pure malignité et sans intérêt économique personnel ; mais cette éventualité, relativement fréquente entre tiers, est infiniment plus rare dans le domaine contractuel, à raison même du *negotium* intervenu et qui crée entre les parties des rapports d'ordre patrimonial, donc des rapports d'intérêt.

(2) Nous laissons de côté l'erreur qui, par son caractère involontaire, se situe en dehors du cadre de l'abus lequel implique, dans la conception générale, un détournement, sinon intentionnel, du moins volontaire, conscient du droit exercé (V. *suprà*, n° 24).

(3) Civ. c. art. 1111 et suiv. .

(4) V. J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, 2 vol. 1920 ; *La lésion dans les contrats*, *Rev. crit. de droit international*, 1936 ; G. Ripert, *Le régime démocratique*, n°s 146 et s.

majeurs, à un petit nombre de contrats dont la liste va cependant s'allongeant — la vente d'immeubles, le partage, notamment (1) — et d'ailleurs elle fonctionne mécaniquement, mathématiquement, du moment que les conditions requises par la loi se trouvent réunies, et abstraction faite de toute considération tirée de la mentalité des contractants, du but par eux poursuivi (2). Du moment que le vendeur d'un immeuble est lésé au delà des sept douzièmes; il est fondé à poursuivre la rescision du contrat, quand bien même la conduite de l'acheteur à son égard n'aurait eu rien de critiquable ; mais, à l'inverse, si la lésion ne dépasse pas le chiffre fatidique, l'opération est inattaquable, alors même que l'acheteur aurait évidemment exploité la détresse de son cocontractant, et pourvu qu'il ne se soit pas livré à des agissements constitutifs de violence ou de dol. Le système de notre code civil est donc nettement objectif ; on peut le comparer, toutes proportions gardées, à celui qui régit, pour les plantations et les vues, les rapports entre voisins (3) ; l'acheteur qui réalise un gain de plus des sept douzièmes au détriment du vendeur, le co-partageant qui est avantagé de plus du quart, bénéficient injustement, comme le propriétaire foncier qui a fait des plantations ou qui a pratiqué des ouvertures indues, non pas d'un simple abus, mais d'un véritable dépassement de leurs droits et encourent une sanction civile, sans qu'il y

(1) Il faut citer encore, la vente des engrais ou des amendements, des semences ou des plantes destinées à l'agriculture, ainsi que des substances destinées à l'alimentation des animaux de la ferme (loi du 8 juill. 1907, art. 1er mod. par L. 10 mars 1937, lésion de plus du quart), la société (C. civ. art. 1855 qui vise et frappe les sociétés dites léonines), la convention d'assistance ou de sauvetage maritimes (L. 29 avr. 1916, art. 7), la vente d'un fonds de commerce (L. 29 juin 1935 et 9 janv. 1936), le prêt à intérêt (décrets-lois 8 août et 30 oct. 1935), et, en dehors des contrats, l'acceptation d'une succession (C. civ. art. 783, lésion de plus de moitié).

(2) Cette observation est exacte, non seulement pour la lésion subie par un majeur, mais encore pour celle dont se réclame un mineur ; dans un cas comme dans l'autre, la lésion présente un caractère purement objectif et le système du code civil affecte le même caractère forfaitaire et brutal.

(3) *Supra*, nº 15.

ait lieu de scruter les mobiles, les motifs auxquels ils ont obéi, pour les rapprocher et les soumettre à l'épreuve de l'esprit de l'institution.

Bien différent est le point de vue auquel se sont placés le législateur allemand (1), et, après lui, les législateurs suisse (2), chinois (3), polonais (4), libanais (5), comme aussi le projet franco-italien d'un code des obligations (6), en introduisant, dans la théorie de la lésion, un élément nettement subjectif, la volonté chez la partie avantagée d'exploiter « le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui » (7) si bien que le juge reçoit la mission d'enquêter sur la mentalité des parties, sur celle de l'auteur de l'exploitation notamment, au jour de la conclusion du contrat, et de se livrer ainsi à des recherches psychologiques que le système du code civil français épargne à nos tribunaux, par son matérialisme même. Il est bien vrai qu'on explique généralement l'octroi d'une action en rescision au vendeur d'immeubles par une présomption légale de détresse et de contrainte et qu'on prétend ainsi ramener le vice de lésion, du moins dans la vente immobilière, au vice de violence (8) ; mais notre Cour de cassation est loin de demeurer fidèle à cette conception (9) ; et d'ailleurs, quel que

(1) C. civ. allemand, art. 138 qui considère formellement l'acte lésionnaire comme contraire aux bonnes mœurs et qui est ainsi logiquement conduit à donner de ce vice une définition à allure subjective.

(2) C. féd. des obligations, art. 21.

(3) C. civ. de la République de Chine, art. 64.

(4) C. polonais des obligations, art. 42.

(5) C. libanais des obligations, art. 214.

(6) Projet franco-italien, dont le texte a été arrêté en 1927, art. 22.

(7) C. civ. allemand, art. 138 ; le code fédéral suisse des obligations donne une formule très voisine en exigeant que la lésion ait été déterminée par l'exploitation de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de la victime (art. 21).

(8) Les travaux préparatoires du code civil sont nettement favorables à cette explication (FENET, t. XIV, p. 61) qui est accueillie par la doctrine et par la jurisprudence.

(9) Nous faisons ainsi allusion à la jurisprudence bien connue de la Cour de cassation d'après laquelle, dans la promesse de vente d'un immeuble, on doit envisager, pour apprécier s'il y a lésion de plus des sept douzièmes, non pas le moment de la promesse, mais bien celui de son acceptation (Req. 1er août 1924, S. 1926.1.54 ; 6 avr. 1925. D. H.

soit le parti que l'on prenne sur cette interprétation, il demeure acquis que le juge français n'a pas à rechercher si, en fait et dans l'espèce, le vendeur a subi la loi de la contrainte, ni si l'acheteur a profité sciemment de la situation : le législateur lui a évité ces investigations en posant un critère précis et infaillible, dont la raison profonde est peut-être bien d'ordre subjectif, mais dont l'application se réalise mathématiquement et de façon extérieure à cette raison.

104. — En somme, et dans les rapports entre contractants, le concept de l'abus est pratiquement éliminé en France, mais en France seulement, en matière de lésion, à cause de la forme objective donnée par notre législateur à ce singulier vice du consentement ; il réapparaît avec le dol et la violence, pour être alors soumis à certaines règles directrices qui, tout en laissant au juge un très large pouvoir d'appréciation et tout en lui ouvrant le champ des recherches subjectives, impriment cependant à la théorie des contours plus accusés qu'à l'ordinaire : les règles relatives au dol et à la violence ne sont que des adaptations, et comme des précipités législatifs de l'abus de la liberté contractuelle, envisagée sous sa forme positive.

105. — II. — *Abus commis par les contractants vis-à-vis de leurs créanciers*. — Lorsque la volonté de nuire est dirigée par un contractant, non plus contre l'autre partie, mais contre ses propres créanciers, elle comporte également, à supposer qu'un préjudice ait été effectivement causé, une sanction civile ; seulement, au lieu de s'appeler le dol, elle revêt alors traditionnellement le nom de *fraude* (1) et la

1925.285 ; Civ. 19 avr. 1926, S. 1926.1.128 ; Req. 18 oct. 1927, D. P. 1928.1.35, note LALOU ; 18 févr. 1936, motifs, S. 1936.1.255). Cependant, à supposer que le vendeur ait subi une contrainte, c'est évidemment lors de la promesse qu'elle a pesé sur lui, non lors de l'acceptation qui s'est produite en dehors de lui. Comp. G. CORNIL, *Le droit privé*, p. 124 et s.

(1) V. sur la fraude, RIPERT, *La règle morale*, nos 168 et s. ; DESBOIS,

nullité qu'elle entraîne est soumise à des règles particulières ; c'est une nullité spécialisée, minimisée, qui est poursuivie au moyen d'une action couramment appelée révocatoire ou, plus volontiers encore, action paulienne (1).

Or, cette fraude paulienne n'est pas autre chose qu'une des multiples manifestations de l'abus des droits, dans l'espèce, du droit qui appartient à tout débiteur de rester à la tête de ses affaires, d'administrer librement son patrimoine, en dépit des engagements précédemment assumés ; droit nécessaire en l'absence duquel, et puisque nous sommes tous des débiteurs, la vie juridique et économique serait impossible, mais droit qui comporte une limite indispensable : la volonté de nuire aux créanciers, la volonté de fraude, le *consilium fraudis* ; du moment qu'il accomplit un acte en fraude de ses créanciers, le débiteur cesse de les représenter, car on ne représente plus ceux que l'on trahit ; les créanciers sont donc fondés à écarter de leur route cet acte anormal, accompli en dehors de la règle sociale, contrairement au vœu du législateur, cet acte abusif qui ne doit pas leur être opposable ; ils obtiendront ainsi, et au moyen de l'action paulienne, la réparation la plus satisfaisante qu'ils puissent espérer, réparation en nature, plus adéquate et surtout plus effective que des dommages-intérêts dont le recouvrement risquerait fort d'être illusoire à l'encontre d'un insolvable.

106. — Ce rattachement de la fraude paulienne à la conception générale de l'abus des droits ne constitue pas une spéculation constructive hasardée, une vue nouvelle, pratiquée et aménagée pour les besoins de la cause ; il est accepté, expressément ou implicitement, par des auteurs qui ont spécialement creusé cette théorie de l'action paulienne, en droit romain

La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française, thèse, Paris, 1927 ; A. LIGEROPOULO, *Le problème de la fraude à la loi*, thèse, 1928 ; JEAN BAZ, *Essai sur la fraude à la loi en droit musulman*, thèse, Lyon, 1938.

(1) V. PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 327.

ou en droit français (1) ; nous le considérons comme inattaquable, sur le terrain de l'histoire aussi bien qu'en droit positif français. Le seul point sur lequel la discussion puisse s'instituer est celui de la détermination exacte des éléments constitutifs de l'abus en pareille matière : l'intention de nuire doit-elle être seule retenue ? ou bien la simple conscience, chez le débiteur, d'accomplir un acte déterminant ou aggravant son insolvabilité, ne suffira-t-elle pas à vicier cet acte au regard des créanciers lésés ? Très généralement, c'est cette dernière formule qui a les préférences des auteurs (2) et de nos juridictions (3) ; nous ne croyons cependant pas qu'elle doive être adoptée sans réserves : à peu près exacte dans la pratique, elle est fausse en tant que précepte théorique. Traditionnellement, en droit français actuel comme jadis à Rome, la fraude est à la base de l'action paulienne, sans substitut possible ; le *consilium fraudis* fait partie intégrante de la définition de cette institution ; seulement, il est arrivé qu'à raison des difficultés que présenterait une preuve directe de l'intention de nuire, on s'est contenté *pratiquement* d'une preuve imparfaite, approchée, celle de la conscience du préjudice causé. On a ainsi simplifié, facilité la tâche des créanciers en mettant à leur disposition une présomption éminemment secourable : de la conscience du préjudice causé, on conclut à l'intention de nuire, à la fraude. Mais ce n'est là qu'une simple présomption de l'homme, non une présomption légale ; elle n'est, en

(1) V. MAYNZ, *Traité de droit romain*, t. II, § 300 ; DEMOLOMBE, t. XXV, nº 188 ; et surtout la thèse de M. GROUBER sur l'*Action paulienne* ; dès les premières pages (p. 2), l'auteur rattache cette action au concept de l'abus des droits. V. aussi : RIPERT. *op. cit.*, nº 169 et DEMOGUE, *Obligations*, t. II, nº 1112 : « On peut même préciser davantage le délit civil qui a été ici commis. C'est un abus du droit. Le débiteur, libre de gérer son patrimoine, a abusé de son droit en faisant des actes de gestion pour nuire à ses créanciers. »

(2) A. COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE, t. II, nº 259 ; PLANIOL et RIPERT, t. II, nº 312 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité des obligations*, t. I, nº 657. RIPERT, *La règle morale*, nº 169. EUG. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 409 ; G. LAGARDE, dans le *Cours de droit civil* de Ch. BEUDANT, 2e éd., t. VIII, nº 649.

(3) V. Civ. 18 déc. 1893 (D. P. 1894.1.263 ; S. 1896.1.134).

effet, consacrée par aucun texte ; or, on ne conçoit pas de présomption légale qui ne soit pas établie par un texte de loi (1). Il dépendrait donc du juge d'écarter, dans un cas particulier, l'induction usuelle et d'exiger du créancier demandeur la preuve directe de l'intention frauduleuse. Comme le constatait déjà Demolombe, qui admettait cette conception, la présomption traditionnelle n'a rien d'absolu, car il peut arriver qu'un débiteur se soit fait illusion sur ses ressources, sur ses possibilités de paiement, de redressement financier, et ce sont là, en définitive, « des questions de fait qu'il appartient aux magistrats de résoudre d'après les circonstances particulières de chaque espèce (2) ».

107. — Nous concluons en constatant, d'abord que la fraude paulienne n'est qu'un spécimen d'abus des droits, dans l'espèce du droit, pour un débiteur, de gérer librement son patrimoine malgré les engagements assumés, puis que cette variété d'abus est constituée essentiellement et exclusivement par l'intention de nuire aux créanciers, compte tenu de la jurisprudence qui, fidèle à une lointaine et constante tradition, ramène volontiers la preuve de cette intention à la démonstration, plus aisée parce que plus concrète, de la conscience, chez le débiteur, du préjudice par lui causé à ses créanciers.

108. — III. — *Abus commis par les contractants au préjudice de tiers déterminés*. — La conclusion d'un contrat peut être l'occasion d'un conflit de droits, l'autonomie des volontés contractantes se heurtant à des droits acquis par des tiers ou à des principes d'ordre public qui lui sont égaux ou supérieurs.

A vrai dire, de tels conflits sont souvent susceptibles d'être

(1) C. civ. art. 1350.
(2) Demolombe, t. XXV, nº 188 ; Comp. Aubry et Rau, 5e édit., t. IV, § 313.

résolus sans qu'il soit fait appel à la notion de l'abus, et cela grâce à l'intervention de l'idée de complicité : celui qui facilite sciemment à un ouvrier, à un employé ou à un artiste la violation des engagements qu'ils avaient précédemment assumés envers leur employeur, se rend complice du manquement contractuel par lui provoqué et devient donc indistinctement responsable de la rupture envers ledit employeur qui sera fondé à lui demander raison de cette immixtion dans son cercle contractuel, immixtion injustifiable et qui constitue une faute par cela seul qu'elle est volontaire (1) ; c'est ce que notre jurisprudence a eu l'occasion de décider soit à propos d'un engagement théâtral (2), soit à l'occasion du louage de services intervenu entre patron et employé (3) ; et c'est ce que proclame la loi du 5 février 1932, en introduisant dans le Code du travail un article 23 *a* (Livre Ier) aux termes duquel « *lorsqu'un salarié, ayant rompu abusivement un contrat de travail, engage à nouveau ses services, le nouvel employeur est solidairement responsable du dommage causé à l'employeur précédent dans les trois cas suivants* : 1° *quand il est démontré qu'il est intervenu dans le débauchage* ; 2° *quand il a embauché un travailleur qu'il savait déjà lié par un contrat de travail* ; 3° *quand il a continué à occuper un travailleur après avoir appris que ce travailleur était encore lié à un autre employeur par un contrat de travail...* » ; l'auteur de semblables manœuvres est alors considéré comme s'étant associé à l'artiste

(1) V. P. Hugueney, *De la responsabilité du tiers complice de la violation de l'obligation contractuelle*, thèse Dijon 1910 , Ripert, *La règle morale*, n° 170.

(2) Paris, 24 nov. 1904 (S. 1905.2.284) : dans l'espèce, un directeur de théâtre avait fait à une artiste, dont il tenait à s'assurer le concours, des conditions particulièrement avantageuses afin de la décider à rompre l'engagement par elle précédemment signé et dont il ne pouvait pas ignorer l'existence ; en agissant ainsi, il avait « coopéré et participé à la faute », commise par l'artiste qui devenait donc une faute à eux commune.

(3) Civ. 27 mai 1908 (D. P. 1908.1.459) ; il s'agissait d'un couturier qui avait provoqué la rupture du contrat liant une employée à son patron en proposant à celle-ci des appointements plus élevés et en s'engageant à prendre à sa charge les conséquences pécuniaires de cette rupture.

ou à l'employé pour réaliser la rupture injuste du contrat et pour commettre donc, comme eux et avec eux, soit un abus, soit, suivant les cas, un dépassement, une violation d'un droit défini qui l'exposera à une condamnation solidaire (1).

109. — Le concept de l'abus se présente, au contraire, dans toute sa pureté, si l'on suppose que le tiers lésé par les manœuvres dirigées contre lui n'avait aucun droit acquis à conserver son employé, celui-ci mettant tout simplement à profit la faculté qui lui appartenait incontestablement de se retirer de la maison dans les conditions prévues par la convention ou par l'usage ; même alors, il arrive que la responsabilité du tentateur soit engagée envers le patron délaissé, non plus en vertu d'une complicité dont on rechercherait en vain les éléments puisque la conduite de l'employé est elle-même juridiquement irréprochable, mais en tant qu'auteur principal d'une faute isolée qui est constituée et colorée par les mobiles de l'intervention : désir de pénétrer les secrets de fabrication d'un concurrent ou volonté de désorganiser ses services en le privant d'un collaborateur précieux. En pareil cas, il y a délit civil commis dans l'exercice de la liberté contractuelle ; il y a abus de cette liberté qui a été employée en vue de fins illicites.

110. — Comme le louage de services, *la vente* est susceptible, par les conditions mêmes dans lesquelles elle intervient et par l'esprit qui préside à certaines de ses clauses, de présenter un caractère abusif et d'engager, vis-à-vis des tiers lésés, la responsabilité des parties et notamment celle du vendeur. Ordinairement, c'est la vileté du prix qui est symptomatique de l'abus, soit que le vendeur se propose d'abattre un concurrent pour hériter de sa clientèle, soit qu'il obéisse à un sentiment de pure malveillance ; dans le premier cas, il fait acte de concurrence déloyale ; dans le deuxième, il se rend cou-

(1) V. l'arrêt précité de la cour de Paris.

pable d'une agression frauduleuse qui ne saurait prétendre à la protection juridique : *fraus omnia corrumpit* ; *malitiis non est indulgendum* (1). Le procédé de la vente à perte, du *dumping*, n'est donc point un procédé licite ; il faut y voir une variété de l'abus du droit de libre concurrence (2).

L'abus pourrait également et à l'inverse s'affirmer par une majoration de prix faite *ad hominem*, tendant à mettre un industriel ou un commerçant dans une situation intenable et à le contraindre à une éviction ou à une capitulation ; l'auteur de cette manœuvre pourrait être recherché en responsabilité (3) à moins cependant que son attitude ne pût trouver sa justification, à titre tout à fait exceptionnel, dans des motifs légitimes (4).

111. — Le *transfert des droits sujets à un régime de publicité* peut être également l'occasion d'abus commis au détriment de tiers déterminés : lorsque le même individu vend deux fois le même immeuble à deux acheteurs différents, celui-là est préféré, en principe et d'après l'économie même du système de la transcription, qui a le premier publié son titre d'acquisition. Cette règle s'applique très équitablement lorsque le deuxième acheteur, qui a transcrit le premier, était de bonne foi au moment de la transcription, voire même seulement au moment où il a acheté ; elle soulève au contraire des scrupules de conscience si cet acquéreur ultérieur a traité en connaissance de cause ; il devient alors, et du fait de sa mauvaise foi, indigne d'intérêt ; on peut considérer qu'il a fait un véritable abus et du droit de contracter et du droit de consolider son titre d'acquisition au moyen d'une transcription rapide. Cependant, notre jurisprudence n'est pas aussi sévère et elle ne sacrifie ce second acquéreur que s'il était de conni-

(1) *Infrà*, nos 172 et s.
(2) DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. II, n° 680.
(3) V. *infrà*, nos 172 et les art. 419, 420 et 421 C. pén., modifiés par la loi du 3 déc. 1926.
(4) *Id.*

vence avec le vendeur pour tromper le premier ayant cause : la simple connaissance qu'il pouvait avoir de la situation exacte ne suffit pas à imprimer à son acte un caractère vraiment frauduleux, mais seulement sa collusion avec son auteur ; la mauvaise foi unilatérale n'est point dirimante, mais seulement la mauvaise foi concertée, prenant l'allure d'un complot. Ainsi l'exige, au sentiment de la Cour de cassation, le fonctionnement d'un régime de publicité qui ne pourrait, sans danger, être subordonné à la mentalité des différents ayants cause (1). Cette position est discutable (2) ; mais, de quelque façon qu'on la juge, il nous paraît certain que la sanction prise contre l'acquéreur de mauvaise foi, intervient au nom de l'abus des droits ; par hypothèse, cet acquéreur s'est conformé aux prescriptions légales, et, pour destituer de leur efficacité essentielle les formalités accomplies, force est bien de faire appel à cette idée supérieure qu'elles ont été détournées de leur destination, qu'elles ont reçu une application frauduleuse, abusive, et, partant, inopérante.

112. — Les cessions de droits peuvent d'ailleurs donner prise à l'abus, abstraction faite de l'application des mesures de publicité auxquelles elles sont soumises : c'est ainsi que le législateur envisage les *cessions de droits litigieux* avec une méfiance qui est provoquée par la personnalité habituelle du cessionnaire et les mobiles auxquels il obéit ordinairement ; le débiteur cédé a besoin d'être protégé contre l'homme d'affaires, le professionnel qui s'apprête à le traquer sans merci,

(1) *Sic* : Req. 25 nov. 1893 (S. 1894.1.325, note Ch. Lyon-Caen) ; 15 juin 1922 (S. 1924.1.181) ; 6 avr. 1925 (S. 1925.1.101) ; Civ. 7 déc. 1925 (S. 1925.1.340 ; D. P. 1926.1.185, note Savatier). Req. 24 juin 1929 (S. 1930.1.22) ; 13 déc. 1937 (S. 1938.1.103). Cette jurisprudence a l'approbation de MM. Colin, Capitant et de la Morandière, t. I, n° 933 et de M. Maurice Picard, *Les biens*, n° 654 (dans le *Traité pratique de droit civil*, de Pianiol et Ripert), mais elle est critiquée par M. Savatier dans la note précitée. Comp. L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. I, nos 1724 et 1725 ; *Les mobiles*, n° 183.

(2) Ripert, *La règle morale*, n° 171 ; et la note précitée de M. Savatier.

à faire rendre le maximum à la combinaison dans laquelle il est entré ; c'est dans ce but de protection qu'a été institué le retrait litigieux qui permettra à ce débiteur de prendre pour son compte l'opération dont il risquait fort de rester le mauvais marchand et d'exproprier ainsi, moyennant une indemnité limitée au montant du prix de la cession, le spéculateur dont il avait à craindre les coups (1).

Mais tout ceci à moins que la cession ne trouvât une justification, un motif légitime dans des circonstances que le code civil énumère soigneusement et qui, enlevant à l'opération son caractère suspect, la feront rentrer dans le droit commun des obligations (2).

113. — IV. — *Des abus commis à l'encontre de l'ordre public et des bonnes mœurs : la théorie de la cause.* — Nous supposons ici que la volonté juridique s'est employée en vue d'atteindre un objectif illicite, condamné par l'ordre public ou par les bonnes mœurs ; son œuvre ne saurait alors être viable ; la convention intervenue dans de telles conditions, sous de tels auspices, est atteinte d'un vice congénital par quoi elle est condamnée à une irrémédiable nullité. Aucun doute sur ce point : mais comment cette nullité indispensable se réalisera-t-elle ? Au nom de quel principe supérieur sera-t-elle proclamée, à l'occasion, par les tribunaux ? Par quels procédés techniques sera-t-elle obtenue ?

On songe aussitôt à faire intervenir la disposition de l'article 6 du code civil aux termes de laquelle « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Mais cette formule n'est pas aussi constamment secourable qu'on pourrait d'abord le supposer : les exigences de l'ordre public et des bonnes mœurs ne trouvent pas toujours leur expression dans un instrument législatif ; bien souvent, elles demeurent extérieures à la loi

(1) C. civ. art. 1699.
(2) C. civ. art. 1701.

écrite et n'en veulent cependant pas moins être satisfaites (1). Et d'ailleurs, lors même qu'elles sont incluses dans une formule, l'interprète ne saurait se contenter de les noter et de les enregistrer ; il doit encore rechercher les répercussions qu'elles exercent sur les actes conclus à leur encontre, déterminer les sanctions qu'elles comportent et la catégorie juridique à laquelle elles ressortissent ; l'article 6 du code civil se contente de formuler une prohibition, en des termes d'ailleurs étriqués et incomplets, d'opposer les lois impératives aus lois dispositives (2) ; c'est au juriste qu'il appartient de construire et d'aménager l'édifice dont le législateur s'est borné à affirmer l'existence et à esquisser les plans.

114. — Le problème doit être abordé simultanément de divers côtés et par différents moyens ; mais on peut affirmer que, dans l'état actuel de notre droit positif français, c'est la théorie de la cause qui fournit la contribution essentielle à son dénoûment : aux termes de l'article 1131 du code civil, l'obligation qui repose sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet ; or, d'après l'article 1133, « la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». La cause nous apparaît ainsi comme le procédé technique qui permettra d'assurer la réalisation du grand principe posé dans l'article 6 et, d'une façon plus générale, d'assurer le règne de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le domaine des actes juridiques, notamment dans celui des contrats (3).

(1) Sur cette portée limitée de l'art. 6, V. CAPITANT, *De la cause des obligations*, n° 107. L. JOSSERAND, *Les mobiles*, n° 106 ; sur la notion de l'ordre public, V. Marcelle CLAPS-LIENHART, thèse Lyon, 1934 ; BUSTAMANTE, *El orden publico*, 1893 ; sur les bonnes mœurs, J. BONNECASE, *La notion juridique de bonnes mœurs, sa portée en droit civil français*, dans les *Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitani*, p. 91.

(2) CAPITANT, *op. cit., loc. cit.*

(3) Sur la théorie de la cause, V. H. CAPITANT, *op. cit.* ; L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928, nos 108 et s.

Malheureusement, la théorie de la cause a été bien diminuée et presque destituée de sa fonction moralisatrice par une conception singulièrement étroite qui a revêtu, au moins dans la doctrine, un caractère courant et véritablement classique, et d'après laquelle la cause résiderait invariablement dans la raison immédiate de l'engagement de chacun des contractants : c'est ainsi que, dans les contrats synallagmatiques, les obligations des parties se serviraient réciproquement de cause, que, dans les contrats réels, l'obligation de l'*accipiens* — emprunteur, dépositaire, gagiste — trouverait sa cause dans la prestation effectuée, et que, dans les libéralités, celle du disposant procéderait tout simplement de l'esprit de bienfaisance dont il est animé. Ainsi comprise, la cause présente cette caractéristique d'être toujours la même pour une catégorie d'acte juridique donnée, d'avoir la valeur d'une constante pour chaque type de contrat, caractéristique qui s'explique elle-même par cette particularité essentielle que l'élément causal retenu fait partie intégrante de l'opération dont il constitue l'une des pièces maîtresses, parfois même la pièce maîtresse unique et l'élément véritablement vital (1).

Nous ne croyons pas que la cause ainsi comprise, soit « vide de sens » comme le prétend M. Planiol, ni qu'il y ait lieu de l'effacer de nos lois (2) ; nous lui reprochons, bien au contraire, d'être insuffisante. Son rôle est encore important puisqu'elle permet notamment de différencier le titre onéreux du titre gratuit, mais elle a le tort d'être trop formelle, trop purement scolastique et de manquer de valeur psychologique. Avec elle, les mobiles de l'opération ne transparaissent pas et n'exercent donc pas sur les destinées du contrat l'influence décisive qui doit leur appartenir légitimement ; avec elle, on connaît le « pourquoi » immédiat de chaque obligation, mais

(1) V. pour l'exposé de cette conception, sur ses origines et ses insuffisances, le livre de M. CAPITANT, *De la cause des obligations*, notamment p. 23 et s., 80 et s.

(2) PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 1039.

on demeure dans l'ignorance du « pourquoi » du contrat lui-même et des raisons profondes qui incitèrent les parties à le conclure.

115. — Une conception aussi étroite à la fois et aussi abstraite ne pouvait pas suffire aux besoins de la vie juridique ; elle devait être débordée par les faits, par les nécessités pratiques ; inévitablement, notre jurisprudence, qui garde le contact avec les réalités, devait être amenée à élargir cette conception classique et scolastique de la cause, à lui insuffler la vie en tenant compte, non plus seulement des mobiles abstraits intégrés dans le contrat, mais des mobiles plus concrets, qui lui sont extérieurs et qui en expliquent la formation dans l'espèce, dans tel ou tel cas particulier ; en d'autres termes, à édifier à côté de la théorie de la cause des obligations, une théorie plus féconde et plus vivante de la cause des contrats, et, d'une façon plus générale, des actes juridiques quelconques (1).

L'œuvre réalisée, dans cet ordre d'idées, en matière de libéralités entre vifs ou testamentaires, est trop connue pour qu'il soit nécessaire de l'exposer (2) : faisant état des mobiles qui ont déclenché la volonté des contractants ou du disposant, nos juridictions sont parvenues à frapper, au nom de la théorie de la cause ainsi élargie et modernisée, des combinaisons dont le maintien et l'efficacité eussent constitué un défi à l'ordre public, aux bonnes mœurs, au désir impératif du législateur et vis-à-vis desquelles cependant la notion courante de la cause fût demeurée inopérante : libéralités adressées par le père ou par la mère, à un enfant adultérin ou incestueux dont la filiation n'avait pas été officiellement établie (3);

(1) Sur cette distinction entre la cause des obligations et la cause des contrats V. PLANIOL et RIPERT, t. II, nº 1034.

(2) V. CAPITANT, *op. cit.*, p. 435 et s.

(3) Civ. 4 janv. 1832 (S. 1832.1.145) ; Req. 31 juill. 1860 (D. P. 1860.1.458 ; S. 1860.1.834) ; 29 juin 1887 (D. P. 1888.1.295 ; S. 1887.1.358).

libéralités entre concubins, en vue de l'établissement, de la continuation ou de la reprise de rapports immoraux (1) ou destinées à spolier la famille légitime (2) ; arrangements effectués en vue d'organiser, d'aménager une séparation aimable entre époux (3) ; libéralités affectées de conditions ou de charges illicites du moins lorsque ces modalités ont été déterminantes, propulsives (4), autant d'opérations, de combinaisons incorrectes, intolérables, et que la Cour de cassation atteint en faisant jouer la notion de la cause, devenue une cause *individuelle*, concrète, « impulsive et déterminante », et s'identifiant ainsi avec les mobiles déterminants, pour chaque opération donnée.

116. — Mais ce n'est pas seulement en matière de libéralités que notre jurisprudence s'est livrée, à ce travail d'individualisation de la cause, c'est aussi — bien que cette partie de son œuvre soit beaucoup moins connue — dans le domaine du titre onéreux, notamment pour la vente (5), le louage de choses (6), le louage de services (7), le prêt d'argent (8) et le contrat d'assurance (9). De tels contrats sont annulés parfois, bien qu'irréprochables au regard de la doctrine classique, à raison des mobiles qui les ont inspirés, du but poursuivi par les parties, par exemple lorsqu'ils gravitent autour de situa-

(1) Req. 2 févr. 1853 (D. P. 1853.1.57 ; S. 1853.1.428) ; 4 mars 1914 (D. P. 1916.1.27 ; S. 1914.1.430) ; 8 juin 1926, motifs (D. P. 1927.1.113, note SAVATIER.

(2) Civ. 11 avr. 1932 (D. P. 1932.1.169, note SAVATIER).

(3) CIV. 2 janv. 1907 (D. P. 1907.1.137, note A. COLIN ; S. 1911.1.585, note WAHL).

(4) H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 435 et s. ; L. JOSSERAND, *Les mobiles*, nos 134 et s. ; *Cours de droit civil positif*, t. III, nos 1545 et s. ; Req. 23 juin 1863 (D. P. 1863.1.429 ; Civ. 17 juill. 1883 (S. 1884.1.305, note LABBÉ) ; Req. 11 nov. 1912, D. P. 1913.1.305, note RIPERT ; 17 mars 1925, S. 1927.1.281, note R. MOREL).

(5) CAPITANT, *op. cit.*, p. 221 et s.

(6) CAPITANT, *ibid.*, no 110 ; *Adde* : Paris, 16 mars 1926 (*Rec. des sommaires*, 1926, no 2518). Nancy, 8 juin 1934 (D. P. 1935.2.33, note VOIRIN).

(7) Req. 11 nov. 1890 (D. P. 1891.1.485).

(8) Req. 1er avr. 1895 (D. P. 1895.1.263) ; Toulouse, 11 janv. 1926 (S. 1926.2.21).

(9) Req 6 juin 1932 (S. 1933.1.31).

tions illicites, exploitation d'une maison de prostitution, jeu, relations adultères : le prêt consenti dans une ambiance de ce genre est valablement causé dans la théorie communément admise, puisqu'il trouve sa cause dans la remise des deniers qui, intrinsèquement envisagée, ne saurait évidemment encourir la critique, même la plus sévère : l'argent est sans odeur ; nos tribunaux proclament cependant la nullité de l'opération parce qu'ils tiennent compte des mobiles qui, dans l'espèce, ont inspiré les parties ainsi que du but par elles poursuivi, de la destination des fonds empruntés ; en se livrant ainsi à des recherches subjectives et psychologiques, ils individualisent la notion de la cause, ils dépassent la cause des obligations pour pénétrer jusqu'à celle du contrat lui-même ; et, somme toute, ils recherchent si ce contrat, envisagé en tant qu'institution sociale, a été conclu et aménagé en conformité de son but, des précisions du législateur, ou si, bien au contraire, il n'a pas été détourné de ce but, destitué de sa finalité propre et réalisé de façon abusive. La notion de la cause, telle qu'elle est comprise par une jurisprudence éprise d'équité et de progrès, devient ainsi la pierre de touche — une des pierres de touche de la vaste théorie de l'abus des droits : celui-là abuse de la liberté contractuelle qui, faussant un acte juridique, l'étaye sur des mobiles illégitimes et l'utilise en vue d'une fin illicite, contraire aux prévisions et au désir du législateur (1).

117. — Il est tellement vrai que c'est la direction suivie par la volonté des contractants qui est décisive, que le même acte, intervenu dans la même ambiance, à propos de la même situation, est valable ou devient nul suivant la fin à laquelle il tend dans un cas déterminé : c'est ainsi que les libéralités

(1) V. sur cette jurisprudence, les développements que lui consacre M. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. II, nos 774 et suiv. L'auteur ramène la théorie de la cause à la recherche du but dans les actes juridiques.

entre concubins, frappées de nullité lorsqu'elles ont pour objectif d'instituer ou de maintenir des relations hors mariage, sont au contraire déclarées correctes lorsqu'elles trouvent leur cause dans la cessation de telles relations (1), et que le prêt consenti à un joueur, nul s'il est destiné à la continuation d'une partie engagée, d'une façon plus générale à alimenter le jeu, devient licite s'il a été effectué dans le but de permettre au joueur malheureux de liquider la situation en s'acquittant de ses engagements (2). De même aussi, la clause dite *de viduité*, nulle si elle a été inspirée par un sentiment de jalousie ou de rancune, sort ses effets lorsqu'elle se justifie par des motifs légitimes (3). Tout se ramène ainsi à une utilisation de l'opération en vue d'une fin licite ou illicite et à une distinction entre l'exercice normal et l'exercice abusif du droit de contracter.

118. — On ne saurait donc contester, sans nier l'évidence même, que ce droit ne soit susceptible d'abus dans toutes les directions que nous venons d'explorer, à l'encontre d'une des parties, des créanciers, des tiers ou en violation de l'ordre public et des bonnes mœurs. Les divergences n'apparaissent que lorsqu'il s'agit de découvrir le critère de l'abus ; et nous ne saurions accepter celui qui nous est proposé par M. Ripert au sentiment de qui il y a abus « quand l'acte est accompli dans l'intention de nuire à autrui ou tout au moins que la conscience de cette action nuisible est entrée dans la volonté

(1) Civ. 10 mars 1925 (S. 1925.1.32) , Comp. Req. 8 juin 1926 (D. P. 1927.1.113).

(2) Paris, 6 juill. 1882 (D. P. 1884.2.95). Comp. Req. 4 juill. 1892 (D. P. 1892.1.500) ; Crim. 19 juill. 1929, motifs, et 19 nov. 1932 (D. P. 1933.1.26 note H. CAPITANT). De même, la clause dite de viduité est valable ou est nulle selon les raisons qui en ont dicté l'insertion au testateur. Req. 11 nov. 1912 (D. P. 1913.1.105, note RIPERT) ; Montpellier, 14 juill. 1858 (D. P. 1859.2.107) ; Paris, 13 juill. 1911 (D. P. 1912.2.192).

(3) Civ. 22 déc. 1896 (D. P. 1898.1.537) ; 16 déc. 1913 (D. P. 1915.1.28). — Comp. L. JOSSERAND, *Les mobiles*, n° 140 ; *Cours de droit civil*, t. III, n° 1540.

de l'une des parties (1) ». Certes, ce point de vue est juste dans nombre de cas, par exemple pour les abus dirigés contre les créanciers ; mais il est pris en défaut bien souvent, notamment en ce qui concerne les contrats nuls pour cause illicite : celui qui consent une libéralité à une concubine ou qui avance de l'argent à un joueur n'a nullement l'intention de nuire à son obligé ; il n'a pas davantage la conscience de lui nuire ; cependant, il commet un abus du droit de contracter dont il prétend user à l'encontre de l'ordre public et des bonnes mœurs. Il faut donc reconnaître que le critère de cet abus ne peut être ramené à l'unité, mais qu'il varie selon les cas, ce qui n'est point pour nous surprendre, puisqu'il s'agit ici, non pas d'un droit défini, à contours nettement arrêtés, mais d'un droit générique, ample et flou, et, somme toute, d'une véritable liberté, la liberté contractuelle : on conçoit qu'une telle prérogative, à raison de son grand rayonnement, soit conditionnée différemment et soit diversement causée suivant les aspects sous lesquels elle se présente et les compartiments sociaux dans lesquels elle se réalise.

§ 3. — Abus dans l'exécution et le fonctionnement des contrats.

119. — On pourrait croire que l'exécution des conventions ne dût pas laisser de prise à la doctrine de l'abus puisque leur contenu est délimité par l'accord des parties et qu'il porte donc en lui-même sa propre finalité (2). Cependant, cette première impression serait pernicieuse : comme les droits légaux, les droits contractuels ont une mission à remplir, dont ils ne doivent pas s'écarter ; comme les prérogatives dites absolues, comme les droits réels, les droits relatifs poursuivent

(1) Ripert, *op. cit.*, nº 170, p. 304.

(2) L'objection est faite par M. Ripert, à peu près sous cette forme (D. P. 1920.2.34, col. 2) ; notre distingué collègue ne la formule d'ailleurs que pour la réfuter aussitôt.

des fins légitimes à l'encontre desquelles ils ne sauraient s'insurger ; sans doute, cette mission et ces fins sont d'une autre qualité puisqu'il s'agit de droits appelés à se réaliser dans un cercle beaucoup plus restreint et dans une atmosphère contractuelle ; mais leur réalité n'en est pas moins certaine. D'ailleurs, et pratiquement, les parties ne prévoient pas expressément toutes les éventualités possibles ; leur accord formel est limité à l'essentiel ; pour le surplus, c'est la loi ou c'est le juge qui, en cas de conflit, interprètent leur volonté ou la suppléent ; et ils doivent poursuivre cette double tâche, non point arbitrairement, mais conformément à l'esprit du contrat et de l'institution, dans un sentiment d'équilibre et d'équité : en thèse générale, les droits issus des conventions ne sont point des attributs discrétionnaires, mais des prérogatives causées, qui ne doivent donc être utilisées qu'avec mesure et à bon escient. Comment en serait-il différemment dans une législation où tous les contrats sont de bonne foi ? Un contrat de cette nature ne produit pas des droits stricts, mais bien des droits limités, dans leur réalisation comme dans leur contenu, des droits appropriés, dont l'exercice doit s'étayer constamment sur des motifs légitimes (1).

C'est cet esprit d'équilibre et de juste mesure qui a inspiré au législateur la disposition aux termes de laquelle «si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce, mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise (2) » ; et c'est à ce même esprit qu'obéit notre jurisprudence lorsqu'elle décide que le droit de vérification des colis qui est conféré aux compagnies de chemins de fer par des règlements formels ne doit être exercé qu'à bon escient et qu'il ne saurait dégénérer en vexations (3).

(1) On a remarqué que l'article 2 du code civil suisse fait à chacun un devoir d'exercer ses droits « et *d'exécuter ses obligations* selon les règles de la bonne foi », semblant bien viser, par cette formule, l'exécution des contrats. G. CORNIL, *op. cit.*, p. 120.

(2) C. civ., art. 1246.

(3) L. JOSSERAND, *Les transports*, 2e éd., n° 307.

120. — I. — Le plus ordinairement, c'est *au profit du débiteur* qu'intervient la notion de l'abus en opposant une barrière protectrice aux prétentions et aux appétits du créancier. On ne veut pas que celui-ci puisse jamais, par une conception implacable de son droit, en extraire toute la quintessence pour réduire son débiteur à sa merci : *ne quid nimis*... C'est cette préoccupation d'humanité et de justice qui a déterminé la consécration du terme de grâce, lequel peut être accordé par le tribunal au débiteur (1), et dont le domaine a été étendu par les deux lois des 25 mars et 20 août 1936, la première conférant au juge des référés, en cas d'urgence, un pouvoir jusqu'alors réservé au tribunal, la deuxième faisant table rase de la recommandation que le texte primitif adressait au juge de n'user dudit pouvoir qu'« avec une grande réserve » et de n'accorder au débiteur que « des délais modérés » ; désormais, on devra tenir compte « de la situation économique » et les délais emprunteront leur mesure aux « circonstances », sans toutefois dépasser un an (2).

121. — Il faut bien convenir que le législateur et le juge lorsqu'ils procèdent à un accommodement de ce genre, s'affranchissent de la formule du contrat pour en effectuer une révision plus ou moins profonde, ils font de l'interventionnisme, du *dirigisme contractuel* ; de plus en plus, le contrat, jadis œuvre des parties qui l'aménageaient à leur guise, tend à être manipulé ; en même temps que l'économie dirigée et la monnaie dirigée, notre époque aura connu *le contrat dirigé*, et dirigé de bout en bout, depuis sa préparation et son aménagement, jusqu'à son exécution et son aboutissement (3).

Cette observation évoque aussitôt les nombreuses mesures d'atermoiement, les multiples moratoires qui sont intervenus, pendant et après la guerre, au profit de certaines classes de

(1) C. civ. art. 1244. — MORIN, *La révolte des faits contre le code*, p. 127.
(2) Art. 1244, nouv. réd.
(3) L. JOSSERAND, *Le contrat dirigé*, D. H. 1933 Chronique, p. 89.

débiteurs — commerçants, industriels et artisans (1), producteurs agricoles (2) — ou pour certaines catégories de dettes — loyers (3), « billets de fonds » (4), — intérêts des dettes hypothécaires (5) — soit aussi et à l'inverse les textes récents qui ont permis au débiteur de se libérer par anticipation (6), soit encore la théorie nouvelle de l'*imprévision* (7) qui attribue au juge le pouvoir de tenir compte, dans l'application et dans le fonctionnement des conventions, des événements inattendus — véritables « circonstances extracontractuelles (8) » — qui ont surgi depuis leur conclusion et qui sont venus fausser brutalement l'économie de la combinaison, désormais désaxée ; le débiteur, le fournisseur lésés par ce coup inattendu du destin, sont fondés à demander à leur contre-partie une modification, une révision, sinon une résiliation de la charte contractuelle dont l'équilibre s'est trouvé rompu par un choc en retour des forces économiques sur le droit (9). Sans doute cette thèse nouvelle, issue des nécessités de la guerre mondiale, n'a pas rallié les sympathies de notre jurisprudence judiciaire (10) ; mais elle a reçu une consécration retentissante de la part du Conseil d'Etat (11),

(1) V. notamment les lois des 21 août et 24 déc. 1936, 31 mars 1937, 30 juin 1937.
(2) L. 12 juill. 1937.
(3) L. 9 mars 1918 et législation postérieure.
(4) L. 29 juin 1935, 9 janv. 1936, 17 juill. 1937, décret-loi 25 août 1937.
(5) Décret-loi 31 août 1937.
(6) Décret-loi 16 juill. 1935 ; 28 août 1935 ; 30 oct. 1935.
(7) Cons. RIPERT, *La règle morale*, nos 75 et s. ; G. MORIN, *La révolte des faits contre le code*, p. 121 et s. ; *La loi et le contrat*, p. 71 et s.
(8) V. l'arrêt du Conseil d'Etat cité plus loin.
(9) Le code fédéral suisse des obligations attribue expressément au juge le pouvoir d'opérer une revision de ce genre pour ce qui est de l'entreprise à forfait : « Toutefois, si l'exécution de l'ouvrage est empêchée ou rendue difficile à l'excès par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir, ou exclues par les prévisions qu'ont admises les parties, le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, accorder soit une augmentation du prix stipulé, soit la résiliation du contrat. » (Art. 373, al. 2).
(10) Req. 25 janv. 1922 (D. P. 1922.1.71) ; Civ. 16 mai 1922 (trois arrêts) (D. P. 1922.1.130). Paris, 21 déc. 1916 (D. P. 1917.2.33, note CAPITANT) ; Caen, 15 nov. 1916 (D. P. 1918.2.4) ; et les décisions rapportées, D. P. 1920.2.33, note RIPERT.
(11) Cons. d'Etat, 30 mars 1916, avec les conclusions du commissaire

tandis que la loi du 21 janvier 1918, dite loi Failliot, a admis la résolution ou la suspension des contrats commerciaux conclus avant la guerre (1).

Ces mesures dirimantes peuvent d'ailleurs être étayées sur la volonté même des parties, si l'on admet que la revision, la suspension ou la résolution du contrat interviennent alors par application d'une clause sous-entendue, la clause « *rebus sic stantibus* », toutes choses demeurant entières (2) ; dans cette conception, le juge ne deviendrait plus le défenseur du seul débiteur mais resterait vraiment l'arbitre des parties et la voix de leur commune conscience contractuelle (3).

122. — En tout cas, cette ingénieuse et accommodante explication ne peut pas être reproduite pour justifier le pouvoir que se reconnaissent nos tribunaux de procéder à la revision, dans le sens de la réduction, des honoraires du mandataire, du médecin, du chirurgien, de l'avocat, de l'architecte (4), tels qu'ils avaient été expressément fixés par les

du gouvernement. M. CHARDENET (S. 1916.3.17, note HAURIOU ; D. P. 1916.3.25).

(1) Les dispositions de la loi Failliot ont été prorogées et renforcées par une loi du 9 mai 1920 qui a consacré la résiliation de plein droit pour le cas où l'exécution du contrat n'aurait pas été demandée avant le 31 juillet 1920.

(2) V. sur cette clause, la thèse de M. ROUBIER, *De l'influence du changement de circonstances sur les contrats du droit public* et celle de M. RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Paris, 1920 ; RIPERT, *op. cit.*, n° 82.

(3) M. RIPERT (*op. cit.*, nos 84 et s.), estime que c'est à tort qu'on a voulu rattacher à l'idée d'imprévision le problème de la révision du contrat ; à son avis, c'est à l'idée d'abus qu'il faut recourir : « Le créancier, qui essaie de tirer de son contrat tous les avantages qu'il comporte, peut se rendre coupable d'une véritable injustice vis-à-vis de son débiteur. Il abuse de son droit ; il trouve dans l'exercice de sa créance un enrichissement qui est injuste, puisqu'il est pour lui le résultat du hasard et pour le débiteur une source de ruine » (n° 86).

(4) Req. 11 mars 1913 (D. P. 1913.1.408) ; 28 mai 1913 (D. P. 1916.1.271) ; Civ. 24 mai 1914 (D. P. 1917.1.1, note SARRUT) ; Agen, 4 mars 1889 (D. P. 1890.2.281) ; Alger, 31 déc. 1908 (S. 1910.2.14) ; Rouen, 26 oct. 1928 (D. H. 1928.599) ; Amiens, 15 mai 1929 (D. H. 1929.451). — Comp. Ch. FLOQUET, *Code pratique des honoraires médicaux*, t. II, p. 546 et 547. — Civ. 24 avr. 1914 (D. P. 1917.1.1) ; Bordeaux, 16 févr. 1900 (D. P. 1901.2.206).

parties, d'un commun accord : le conflit est alors patent entre la volonté contractuelle et la décision du juge ; celle-ci a raison de celle-là, au nom de l'équité et conformément à la tradition : la convention cesse de faire la loi des parties, dans la mesure où elle choque la conscience moyenne et parce qu'elle est abusive ; ce n'est plus d'un idéal concret et limité à l'espèce que le tribunal se constitue le champion, mais d'un idéal plus vaste et en quelque sorte générique : celui d'un équitable commerce juridique (1).

Au cours de ces dernières années, et à raison des circonstances économiques, le législateur ou le gouvernement sont intervenus eux-mêmes pour réduire le montant de certaines dettes dont le chiffre avait été cependant fixé par les parties en toute liberté (2) ; le dirigisme contractuel a atteint, en ce cas, son maximum d'efficience ; la « loi des parties » est contrebattue par la loi tout court ; la volonté générale s'insurge contre les volontés individuelles, insurrection bien dangereuse qui est de nature à ruiner la confiance dans le contrat et dans la loi et à instaurer un régime d'insécurité juridique (3).

123. — II. — Ce n'est d'ailleurs pas nécessairement à l'encontre du créancier que s'exerce cette volonté de compression de la loi contractuelle ; c'est aussi parfois *contre le débiteur* qu'elle trouve à s'employer : débiteur malheureux et de bonne volonté, il aurait obtenu un ou plusieurs délais de grâce ; débiteur récalcitrant et de mauvaise foi, il encourra, à raison de son retard à payer la somme dont il est redevable envers son créancier, une condamnation à des dommages-

(1) V. la thèse de M. J. PERRIN, *De la réductibilité des obligations excessives*, Paris, 1905 et MAURY, *La lésion dans les contrats, Rev. crit. de droit international*, 1936 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif*, t. II, nos 404, 1414.

(2) V. notamment les décrets-lois du 16 juill. et du 8 août 1935, réduisant, d'autorité, de dix pour cent, le prix des loyers et des fermages ; et le décret-loi du 16 juill. 1935 réduisant, dans la même proportion, le montant des intérêts des dettes hypothécaires.

(3) V. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1936, nos 68 et s. ; 105 et s.

intérêts supplémentaires qui viendront se superposer aux intérêts moratoires de la créance (1) ; c'est ainsi qu'il sera châtié de sa résistance plus qu'injustifiée (2), certainement abusive.

Du moins sera-t-il quitte en exécutant ses engagements tels qu'ils ont été fixés par la convention ? Pas nécessairement ; pas plus que le créancier, il n'a le droit d'user de tout son droit, jusqu'à l'extrême limite et pour ainsi dire jusqu'à la lie : jouissant de délais préfixes, il pourra se voir reprocher de les avoir systématiquement épuisés, au moins s'il dispose de moyens puissants qui lui auraient permis de ne pas les épuiser. C'est ainsi qu'une compagnie de chemins de fer qui, ayant concédé à un industriel un embranchement particulier, abuserait des latitudes qui lui sont accordées pour la fourniture des wagons et causerait ainsi sciemment un préjudice à son client, pourrait être condamnée à des dommages-intérêts, encore qu'elle eût strictement observé les délais prévus expressément dans les tarifs en vigueur (3) ; solution d'autant plus remarquable que les tarifs de chemins de fer sont des actes de droit strict, soumis à une interprétation littérale qui rappelle celle à laquelle était asservie la stipulation du vieux droit romain (4) ; solution qui souligne la tendance des pouvoirs publics, législateur ou tribunaux, à venir au secours du faible, fût-il le créancier, et à sévir contre le fort, fût-il le débiteur (5).

123 *bis.* — *Cession de créance.* — Lorsque la créance a été cédée civilement, le changement de titulaire n'est opposable

(1) C. civ. art. 1153, al. 4 ajouté par la loi du 7 avr. 1900.

(2) La Cour de cassation, s'appuyant sur les termes de l'art. 1153, n'admet pas qu'une résistance simplement injustifiée suffise à motiver l'application de la sanction instituée par ce texte ; elle exige que le juge du fait vise expressément la mauvaise foi du débiteur récalcitrant. Civ. 7 mai 1924 (D. P. 1926.1.218 ; S. 1925.1.78).

(3) Civ. 7 mai 1902, motifs (D. P. 1904.1.276).

(4) V. sur ce point : L. JOSSERAND, *Les transports*, 2e éd., nº 230.

(5) V. L. JOSSERAND, *La protection des faibles par le droit*, dans *Evolutions et actualités*, 1936, p. 159 et s.

aux tiers — dont le débiteur cédé — qu'après l'accomplissement de l'une des deux formalités — notification ou acceptation — prévues par l'article 1090 du code civil ; jusque-là, le débiteur serait fondé à refuser tout paiement au cessionnaire en alléguant qu'il ne se connaît pas d'autre créancier que le cédant. Cependant, un tel refus pourrait engager sa responsabilité s'il était établi que le paiement fait entre les mains du cessionnaire n'aurait été préjudiciable ni au *solvens* ni aux tiers ; en ce cas, le débiteur cédé est sans motif légitime pour se refuser à payer le cessionnaire ; il *abuse* de son droit d'ignorer la cession et de n'avoir affaire qu'au créancier originaire, et c'est efficacement que le cessionnaire l'actionnera en paiement devant le tribunal (Civ. 4 mars 1931, D. P. 1933.1. 73, note RADOUANT).

124. — III. — *Modalités du paiement*. — Les conditions dans lesquelles intervient le paiement, les modalités qui l'entourent, peuvent elles-mêmes devenir l'occasion, le siège d'abus reconnus et sanctionnés par la loi ou par la jurisprudence, le *summum jus* apparaissant, ici encore, comme la *summa injuria*.

Il convient de rappeler, dans cet ordre d'idées, que le grand principe du paiement intégral obligatoire, tel qu'il est posé dans le premier alinéa de l'article 1244 du code civil, comporte toute une série de tempéraments qui s'expliquent, les uns par des considérations purement juridiques, les autres par des préoccupations d'humanité et de juste mesure : parmi ceux-ci, il faut mentionner au premier rang le terme de grâce qui peut être accordé par le tribunal ou par le juge des référés au débiteur digne d'intérêt et qui aura souvent pour résultat d'obliger le créancier à se contenter momentanément d'un paiement partiel ; le droit de la faillite nous fournit, avec le concordat, un autre exemple de cette atteinte portée au droit du créancier de refuser le paiement partiel d'une dette.

124 *bis*. — La personnalité du *solvens* est susceptible de déterminer l'application de la théorie de l'abus : en principe, le paiement peut émaner d'un tiers, d'une personne quelconque, aussi bien que du débiteur lui-même (art. 1236 c. civ.) ; mais il en va autrement dans le cas où la personnalité du *solvens* avait été prise en considération dans le contrat, où le paiement avait été prévu *intuitu personae*. Cependant, et même alors, le débiteur ne serait fondé à s'opposer à l'intervention d'une tierce personne que s'il avait un *intérêt légitime* à prendre cette attitude (Req. 7 juin 1937, motifs, D. H. 1937.427 ; S. 1937.1.251) ; d'autre part, à supposer que le créancier et le débiteur soient d'accord pour écarter la tierce intervention, leur responsabilité peut se trouver engagée s'il y a eu *collusion* entre eux en vue de porter atteinte aux *intérêts légitimes* du tiers, par exemple afin de faire tomber l'hypothèque de celui-ci au moyen de l'action en résolution du vendeur qui, dans ce but, veut demeurer impayé et se refuse à recevoir son paiement des mains d'une personne étrangère à la dette (même arrêt).

125. — La forme sous laquelle se présente le paiement, le procédé technique à l'aide duquel il se réalise peuvent aussi prêter à abus, comme si un bailleur refuse sans raison sérieuse le *mandat-carte* qui lui a été adressé par le locataire à qui il fait ensuite commandement de payer, en alléguant que son débiteur aurait dû se présenter chez lui, personnellement ou par mandataire, pour acquitter le montant du loyer, conformément à la clause du bail aux termes de laquelle ledit loyer sera, non pas quérable, mais portable. En interprétant ainsi et avec une rigueur impitoyable les termes de cette clause, en exigeant la comparution personnelle ou par mandataire de son débiteur et en refusant un autre procédé de paiement qui serait aussi avantageux pour lui, ce bailleur fait de son droit un usage abusif qui doit être brisé (1).

(1) Trib. civ. Seine, 17 janv. 1923 (*Gaz. Dalloz*, 10 mars 1923,

En revanche, on ne saurait reprocher à un créancier d'avoir refusé un *paiement par chèque*, du moins si ce procédé de règlement n'avait pas été admis par une clause du contrat ; car, à côté des avantages qu'il présente incontestablement, il n'est que juste de faire état des inconvénients et des dangers qui lui sont inhérents : obligation pour le porteur de se rendre dans une banque à fin d'encaissement du chèque ; possibilité de non-paiement à raison du défaut de provision ou d'une opposition pratiquée par un tiers ; paiement à une personne non qualifiée (D'ailleurs, l'art. 1243 est formel : « *le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande* »). (*Sic.* J. VALÉRY, *Des chèques en droit français*, nº 335 ; J. BOUTERON, *Le chèque*, p. 256 ; *La jurisprudence du chèque*, nº 141 ; Req. 3 mars 1930, S. 1931,.1.249, note P. ESMEIN, D. H. 1930.210 ; 13 févr. 1934, *Gaz. Pal.*, 1934.1. 742).

126. — Il n'est pas jusqu'à l'*imputation des paiements* qui ne soit susceptible de revêtir un caractère abusif et d'exposer en conséquence ceux qui y procèdent à des sanctions d'ordre pécuniaire. On sait que l'article 1253 du code civil confère au débiteur de plusieurs dettes « le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter », et que, à défaut de cette imputation « faite par le débiteur », intervient alors l'imputation « faite par le créancier », laquelle présente en réalité un caractère conventionnel puisque l'article 1255 exige l'acceptation du débiteur. Il semble bien que les prérogatives ainsi concédées par la loi tant au débiteur qu'aux deux parties intéressées présentent un caractère discrétionnaire et qu'il ne puisse pas leur être demandé compte des raisons qui leur ont dicté leur choix.

Cependant, il peut arriver que le débiteur, de sa seule ini-

p. 40). La question a été résolue dans le même sens, en juin 1926, par un juge de paix de Lyon.

tiative ou d'accord avec le créancier, prenne le seul parti qui était de nature à causer préjudice à un tiers et sans qu'il retire lui-même aucun avantage personnel de cette malencontreuse décision ; le tiers lésé par la combinaison ne sera-t-il pas admis à prétendre que les parties au paiement ont fait du droit d'imputation un usage illicite, qu'elles en ont abusé ? Et ne sera-t-il pas fondé à exiger des dommages-intérêts ou, mieux encore, une sanction en nature sous la forme d'une rectification de l'opération intervenue ?

La question s'est posée devant la cour de Bordeaux ; elle était délicate, d'abord parce que l'imputation n'est en définitive qu'une variété de paiement, acte nécessaire, qui contient en lui-même sa propre justification et qui semble répugner au concept de l'abus (1) ; puis parce que cette imputation implique l'exercice d'une option légale, c'est-à-dire d'une faculté de droit strict, elle-même, semble-t-il, réfractaire à l'idée d'abus. Ces considérations, plus spécieuses que pro-fondes, n'ont pas paru décisives à la cour de Bordeaux qui avait frappé une combinaison de ce genre comme entachée d'abus ; sa décision, déférée à la Cour suprême, fut cassée par la chambre civile (2), mais dans des termes qui admettent expressément la possibilité d'un abus en pareille matière, abus dont les éléments ne se trouvaient pas réunis dans l'espèce, les parties au paiement ayant eu un « intérêt légitime » à faire porter le paiement sur telle créance plutôt que sur telle autre ; il reste acquis que le droit conféré au débiteur de plusieurs dettes de déterminer l'incidence du paiement qu'il effectue

(1) V. PLANIOL et RIPERT, t. II, nº 306 ; A. COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE, t. II, nº 297 ; AUBRY et RAU, 5e éd., t. IV, § 313, note 31.

(2) Civ. 14 nov. 1922 (D. P. 1925.1.145, note L. JOSSERAND). Dans l'espèce, un débiteur solidaire, devenu à nouveau débiteur de son créancier, avait imputé le paiement sur sa dette personnelle à l'exclusion de la dette solidaire. Il s'agissait de savoir si cette combinaison, acceptée par le créancier, était irréprochable, ou bien si l'autre débiteur solidaire, resté en dehors de l'arrangement, n'était pas fondé à la critiquer en prétendant que le paiement aurait dû être imputé sur la dette dans les liens de laquelle il était lui-même engagé.

prend fin dans le cas où « l'imputation n'aurait pas été faite pour satisfaire un intérêt légitime, mais aurait eu pour but unique de nuire à un autre créancier (1) ». C'est une limitation subjective qui est admise par la jurisprudence, en considération de la finalité du droit en cause : ce droit a été conféré au débiteur pour servir ses propres intérêts et non point pour lui permettre de nuire à un tiers, notamment à un autre créancier. La notion de l'abus fait ainsi son apparition jusque dans le domaine du paiement, acte nécessaire et contenant en lui, semble-t-il, sa propre raison d'être (2), et jusque dans celui des options légales dont le caractère strict et discrétionnaire était constamment dénoncé par la doctrine (3).

127. — IV. — *Interprétation des clauses particulières insérées dans une convention* (4). Cette interprétation ne doit pas être tendancieuse, abusive ; elle s'inspire de « la matière du contrat (5) » et compte tenu tant de « la commune intention des parties contractantes » (6) que de l'acte tout entier (7).

On comprend donc que la clause de non-garantie, qui destitue la vente d'un de ses traits distinctifs, comporte une interprétation restrictive, seule conforme à la nature, à la matière du contrat : et c'est pourquoi le vendeur n'en devra pas moins, en principe, restituer le prix, désormais sans cause entre ses mains (8) ; tandis qu'à l'inverse la clause

(1) Cette formule est reproduite de la teneur de l'arrêt de la chambre civile.

(2) En réalité, le paiement lui-même peut être critiqué et tombe parfois sous le coup de l'action paulienne, laquelle n'est elle-même qu'une adaptation de la thèse plus vaste de l'abus des droits. V. sur ce point notre note précitée, D. P. 1925.1.146, col. 1.

(3) La vérité est que les options légales elles-mêmes n'ont point un caractère abstrait et absolu. C'est une constatation que nous avons eu déjà l'occasion de faire (*suprà*, nº 27) et sur laquelle nous reviendrons (*infrà*, nº 289).

(4) V. L. Josserand, *La thèse de l'abus des droits appliquée à l'interprétation des clauses particulières d'un contrat* (*Rev. gén. belge des assur. et des respons.*, 1929).

(5) C. civ. art. 1158.

(6) C. civ. art. 1156.

(7) C. civ. art. 1161.

(8) C. civ. art. 1629.

qui impose au cédant la garantie de la solvabilité du débiteur cédé est limitée, dans son efficacité, au prix de la cession (1) et à la solvabilité actuelle du débiteur, sauf précision contraire (2) : on ne saurait, en effet, sans témérité et sans injustice, supposer que le cédant ait entendu répondre d'une éventualité dont la réalisation échappe à son action et imprimer ainsi à l'opération un caractère aléatoire ; une telle interprétation serait véritablement abusive et l'on s'explique que le législateur l'ait écartée.

C'est dans le même esprit d'équilibre et en vue de faire prédominer autant que possible l'esprit même de la convention, que le législateur donne une interprétation restrictive à la clause insérée dans l'acte de vente d'un immeuble et portant que, faute de paiement du prix dans le terme convenu, la vente sera résolue *de plein droit* (3) : ce *pacte commissoire exprès* produit bien cet effet capital d'écarter la nécessité d'une intervention judiciaire, mais non pas celle d'une sommation jusqu'à laquelle l'acheteur est encore à même d'échapper à la résolution en payant le prix convenu (4) ; pour qu'il en fût autrement, pour que l'opération fût résolue automatiquement, il faudrait que la clause portât expressément que, faute de paiement au jour convenu, la vente serait résolue de plein droit et sans sommation.

128. — Jusqu'à présent, et dans les exemples que nous venons de puiser dans le code civil, c'est le législateur lui-même qui a écarté toute interprétation abusive en vue d'assu-

(1) C. civ. art. 1694.

(2) C. civ. art. 1695.

(3) Si les parties s'étaient bornées à stipuler que le contrat sera résolu, au cas d'inexécution, la situation serait exactement ce qu'elle eût été en l'absence d'une telle clause et la résolution ne pourrait donc être que judiciaire (Req. 3 mai 1937, D. H. 1937.364) ; les contractants auraient alors parlé pour ne rien dire.

(4) C. civ. art. 1656. — Cependant, la jurisprudence a une tendance à interpréter ce texte restrictivement en en limitant l'application à la vente d'immeuble et en dispensant le créancier, en dehors de ce cas, d'adresser une mise en demeure au débiteur (V. Req. 29 nov. 1886, D. P. 1887.1.388).

rer l'équilibre des intérêts en présence et le règne de l'esprit de l'opération, mais notre jurisprudence se conforme au même idéal juridique lorsqu'elle doit interpréter des clauses plus ou moins ambiguës, plus ou moins litigieuses, par exemple en matière de vente ou de louage d'immeuble.

En matière de vente, on a vu apparaître, voilà quelques années, une clause en vertu de laquelle le vendeur, au cas de retard dans la livraison — d'une automobile par exemple — ou même au cas de non-livraison, n'encourrait aucune sanction autre que l'annulation de la commande avec restitution de la somme remise, à titre d'arrhes, de garantie, par l'acheteur, lequel ne pouvait donc pas exiger des dommages-intérêts à raison du retard ou de l'inexécution définitive. Cette clause a soulevé quantité de questions ; on s'est demandé, notamment, s'il fallait en reconnaître la validité ou bien la considérer comme nulle. En tout cas, et à la supposer valable, la jurisprudence et la doctrine semblent bien s'accorder à en limiter la portée et à considérer que le droit qui en résulte pour le vendeur ne saurait être absolu ; comment admettre, en effet, que celui-ci puisse se réfugier derrière une stipulation de ce genre pour se dérober volontairement, systématiquement à l'exécution des marchés dont l'observation serait devenue plus onéreuse pour lui à raison de modifications survenues dans la situation économique ? Ce serait lui reconnaître le droit de ne pas tenir ses engagements, et à supposer qu'une stipulation en ce sens soit licite, encore faudrait-il qu'elle fût rédigée en termes catégoriques et exprès, sinon le tribunal décidera que ce constructeur d'automobiles a détourné de sa destination le droit qui lui appartenait, de par le contrat, d'échapper à une condamnation à des dommages-intérêts et qu'il en a donc abusé, faisant ainsi revivre sa responsabilité dans toute sa plénitude (1).

(1) V. les décisions rapportées : D. P. 1920.2.33, et la note de M. RIPERT.

129. — Mais c'est surtout le louage d'immeuble qui a soulevé, au cours de ces dernières années, de très graves difficultés d'interprétation, à raison des clauses, de formes et de portées variées, qui tendent à supprimer ou à restreindre le droit conféré par le code civil au preneur d'un immeuble, urbain ou rural, de consentir une sous-location ou une cession de bail (1). En cas de désaccord entre les parties, il faut rechercher si le droit de *veto* que le bailleur s'est réservé a une valeur absolue, en sorte qu'il puisse être exercé par lui discrétionnairement, *ad nutum*, à toute occasion et à tout venant, ou bien s'il ne faut pas y voir un de ces droits relatifs qui ne peuvent être réalisés qu'en vue de fins déterminées et pour des motifs légitimes et qui comportent donc la notion de l'abus (2).

A vrai dire, il est des clauses pour lesquelles la question ne se pose même pas : ce sont celles qui interdisent purement et simplement au preneur de céder son bail ou de sous-louer et qui formulent ainsi une véritable *interdiction de principe* devant laquelle on doit s'incliner : ce sont les clauses dites *prohibitives* qui enlèvent au locataire ou au fermier tout espoir de substitution de personne, à moins, bien entendu, que le bailleur ne donne son consentement à la nouvelle combinaison, par un acte de libre et nouvelle volonté auquel il peut se refuser souverainement et sans engager aucunement sa responsabilité.

Mais, le plus souvent, c'est en des termes moins draconiens que la clause est rédigée : il est convenu que le preneur ne pourra pas céder son bail ni sous-louer sans avoir obtenu le consentement (ordinairement, le consentement par écrit) du bailleur — c'est ce qu'on peut appeler la *clause de consentement* ; ou bien qu'il devra faire agréer au préalable son substitué par le bailleur — c'est la *clause d'agrément* ; il s'agit alors, non plus d'interdiction de principe, mais simplement de limita-

(1) C. civ. art. 1717.
(2) V. pour l'examen plus approfondi de ce problème : L. JOSSERAND, note D. P. 1923.2.169.

tions apportées à la faculté de cession ou de sous-location ; les clauses ne sont plus *prohibitives*, mais, ce qui est bien différent, *restrictives, limitatives*.

C'est alors que s'élève la difficulté d'interprétation et que se manifestent deux tendances, deux conceptions opposées, l'une absolutiste, qui assimile de telles clauses à celles de la première catégorie et qui en fait découler une faculté d'opposition absolue, non causée, au profit du bailleur ; l'autre, qu'on pourrait appeler la thèse de la relativité, qui subordonne l'efficacité du refus du stipulant à des raisons sérieuses, plausibles, à des motifs légitimes dont l'appréciation est laissée au tribunal, si bien que la résistance injuste, abusive du bailleur sera vaincue et que le sous-locataire ou le cessionnaire pourront entrer en jouissance avec l'autorisation de justice, laquelle tiendra lieu de l'agrément du propriétaire récalcitrant.

La première de ces thèses a reçu la consécration d'un certain nombre de juridictions, surtout au cours d'une période s'échelonnant depuis 1880 environ jusqu'à la guerre de 1914 (1). Elle se réclame essentiellement de deux arguments : l'un tiré de l'article 1717 alinéa 3 du code civil aux termes duquel la clause portant interdiction de sous-louer ou de céder le bail « est toujours de rigueur », ce qui semble bien exclure toute discrimination ; l'autre puisé dans l'article 1134 du même code d'après lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » : on ne pourrait scruter et juger les mobiles du bailleur récalcitrant sans porter atteinte à la loi contractuelle, au respect dû à la parole donnée.

Ces arguments n'ont pas toute la solidité qu'on pourrait être d'abord tenté de leur attribuer (2) : il n'est pas du tout

(1) V. Paris, 6 janv. 1880 (D. P. 1881.2.80) ; Grenoble, 20 mai 1881 (D. P. 1882.2.24) ; Douai, 7 déc. 1881 (D. P. 1884.5.320) ; Lyon, 24 nov. 1899 (*Mon. judic.* 15 févr. 1900) ; Nancy, 11 juin 1887 (D. P. 1888.1.164).

(2) Ils avaient cependant entraîné la conviction de la plupart des civilistes qui interprétaient les clauses simplement restrictives avec la

certain que le troisième alinéa de l'article 1717 ait le sens qu'on prétend lui assigner ; peut-être bien ne vise-t-il que les clauses prohibitives, à l'exclusion des clauses simplement limitatives. Quant à la loi contractuelle et à la commune volonté des parties, on commet, en les invoquant, une pétition de principes manifeste : oui, sans doute, la commune volonté des parties doit être en principe décisive ; mais il reste à savoir si, dans le cas qui nous préoccupe et au sujet des clauses de consentement ou d'agrément, cette commune volonté a jamais existé, et c'est ce qu'on peut contester pour différentes raisons : d'abord, parce qu'il n'est pas prouvé que le preneur ait jamais eu connaissance de la clause litigieuse, clause d'ordre secondaire, clause adventice qui s'insinue sournoisement dans le contexte d'une longue formule imprimée, d'une feuille « passe-partout », qui se fait humble et modeste et qui, en fait, n'est ni débattue ni acceptée véritablement par le locataire (1) ; et puis, parce que, à supposer même qu'une pareille clause ait été remarquée et acceptée par le preneur, il est fort possible et même vraisemblable que les deux parties ne l'aient pas comprise de la même façon, ne lui aient pas donné la même portée : tandis que le bailleur a pu considérer, suivant en cela ses propres intérêts, que la

même rigueur que les clauses prohibitives. — *Sic* : A. COLIN et CAPITANT, 5e éd., t. II, p. 542 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Du contrat de louage*, 3e éd., t. I, n° 1082 ; GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, 3e éd., t. I, nos 325 et s. ; B. PERREAU, dans le *Traité pratique* de PLANIOL et RIPERT, t. X, n° 555. MM. A. COLIN et CAPITANT écrivaient notamment à ce sujet : « Il semble même que la formule finale de l'article 1717 mettrait obstacle ici à l'application de la théorie de *l'abus du droit*, en cas d'usage capricieux, de la part du bailleur, de son droit de refuser un sous-locataire. » La dernière édition de cet ouvrage, présentée avec le concours de M. J. DE LA MORANDIÈRE, sans reproduire cette formule, admet encore que « les juges ne possèdent pas en cette matière de pouvoir modérateur » (n° 669). — Mais les auteurs qui approuvent le système jurisprudentiel sont de plus en plus nombreux, soit qu'ils admettent l'application en la matière du concept de l'abus (V. SAVATIER, D. P. 1928, *Chronique*, p. 29 ; BRETHE DE LA GRESSAYE, dans le *Cours* de CH. BEUDANT, t. XI, n° 505), soit qu'ils s'en réfèrent à la notion du dépassement des droits contractuels VOIRIN (note D. P. 1932.2.57).

(1) Lyon, 16 juin 1914 (*Mon. jud.*, 24 sept. 1914).

formule restrictive lui conférait un droit de veto absolu, le preneur a dû se faire une conception bien différente de la défense qui lui était adressée : sachant que sa situation est susceptible de se modifier au cours du bail et qu'il pourra être amené à se déplacer à raison de changements survenus dans ses occupations, dans ses fonctions, dans sa position de famille, sa santé ou sa fortune, il n'a pas dû vouloir se lier les mains et s'immobiliser lui-même par destination dans les lieux loués. Lui prêter cette intention serait lui dénier le sens commun, surtout si le bail est à usage commercial ou industriel : car, en pareil cas, lui refuser le droit de sous-location ou de cession équivaudrait, en fait et surtout en pleine crise de logement (1), à lui refuser le droit de céder le fonds dont ledit bail fait partie intégrante, l'incessibilité de celui-ci entraînant l'incessibilité de celui-là. Comment croire qu'il ait pu accepter une telle situation et se placer sciemment dans la nécessité, ou bien de travailler jusqu'à son dernier jour, ou bien de liquider son fonds devenu, de par la clause restrictive rigoureusement entendue, indisponible, hors du commerce pour une période peut-être fort longue ?

Ces considérations ont entraîné la décision, sinon de tous les auteurs, du moins de la jurisprudence qui se montre de plus en plus favorable à la thèse de la relativité (2) : elle y est incitée,

(1) Il faut ajouter qu'aux termes de l'art. 15, § 1er, de la loi du 31 mars 1922 « aucun local affecté à l'habitation ne pourra être transformé en établissement de spectacles public ou de danse, ou en local commercial ou industriel... »

(2) V. dans le sens de la distinction entre les clauses prohibitives et les clauses simplement limitatives, et comme consacrant la portée simplement relative des clauses de la deuxième catégorie : Civ. 19 nov. 1924 (D. P. 1926.1.138) ; Req. 16 nov. 1927 (D. P. 1928.1.61, rapport Bricout) ; 18 juill. 1932 (S. 1932.1.349) ; Lyon, 16 juin 1914 (*Mon. jud.*, 24 sept. 1914) ; Montpellier, 19 déc. 1921 (*Gaz. Pal.*, 8-9 janv. 1922) ; Paris, 29 janv. 1921 ; Trib. civ. Havre, 1er juill. 1922 ; Rennes, 5 déc. 1922 ; Nancy, 12 janv. 1923 (D. P. 1923.2.169, note L. Josserand) ; Trib. civ. Marseille, 15 janv. 1925 (D. H. 1925.192) ; Montpellier, 21 janv. 1925 (D. H. 1925.229) ; Trib. civ. Lyon, 17 juin 1925 (*Rec. des sommaires*, 1925, n° 3426) ; Besançon, 18 mars 1925 (*Rec. des sommaires*, 1926, n° 569) ; Trib. civ. Nice, 23 mars 1925 (*Rec. des sommaires*, 1926, n° 568) ; Lyon, 11 févr. 1926 (S. 1926.2.13 ; D. H. 1926.245) ; Caen, 23 mars 1926 (D. H. 1926.275) ; Nancy, 3 mars

non seulement par des considérations d'ordre économique, par la crise du logement dont le retentissement sur le problème que nous examinons ici n'est point douteux, mais aussi par la différence de rédaction qui existe entre la clause prohibitive et les clauses simplement restrictives. La première, par son absolutisme même, enlève au bailleur jusqu'au droit de consentir ou de s'opposer à la substitution de personnes, au moins contractuellement et en vertu du bail ; s'il autorise une telle substitution — ce qu'il lui est évidemment toujours loisible de faire — il n'applique pas la convention, mais, bien au contraire, il en écarte l'application ; tandis que, s'il veut s'opposer à la substitution, il lui suffit de se réfugier derrière le contrat ; si bien que, de toute façon, soit qu'il se décide dans le premier sens ou dans le deuxième, pour la clémence ou pour la sévérité, la théorie de l'abus des droits chercherait vainement une prise à laquelle s'accrocher.

Bien différente est la situation créée par une clause simplement limitative, laquelle laisse au preneur le droit de sous-louer, en principe, tandis que le bailleur a une option, d'ordre contractuel, puisqu'il peut accorder ou refuser l'autorisation qui lui est demandée. S'il refuse, c'est en vertu d'un droit défini, qui lui est expressément accordé par le bail ; on conçoit donc fort bien que ce droit ne puisse être exercé que dans un certain but, pour des « motifs sérieux et légitimes (1) », pour des « raisons sérieuses et légitimes (2) », en suite de « griefs légitimes (3) », faute de quoi il y aura abus sanctionné, et par des dommages-intérêts, et aussi, sauf obstacle matériel, par l'installation du sous-locataire avec l'autorisation du tribunal, laquelle tiendra lieu de l'agrément du bailleur.

1926 (*Rec. des sommaires*, 1926, n° 2699) ; Grenoble, 17 mars 1926 (*Rec. des sommaires*, 1926, n° 2701) ; Douai, 5 avr. 1927 (D. H. 1927. 407 ; Trib. civ. Poitiers, 1er déc. 1931 (D. H. 1932.2.57, note VOIRIN). Ces diverses décisions se réfèrent toutes, expressément ou implicitement, à la thèse de l'abus des droits.

(1) Rouen, 24 janv. 1881 (D. P. 1883.2.71).
(2) Montpellier, 19 déc. 1921, arrêt précité.
(3) Nancy, 12 janv. 1923, arrêt précité.

130. — Quant à la détermination des motifs qui ont inspiré le bailleur, elle appartient aux juges du fait, souverainement, tandis que, à notre sentiment, la Cour de cassation doit exercer un contrôle sur la qualification par eux donnée aux dits motifs : tout-puissant lorsqu'il assigne au refus de sous-louer tel ou tel mobile déterminé, le juge du fond reste soumis à la censure de la Cour suprême lorsqu'il en apprécie la légitimité, la valeur justificative : dans la mesure où il prend parti sur ce dernier problème, il tranche une question, non plus de fait, mais de droit, celle de savoir si le mobile retenu cadre bien avec la finalité, avec l'esprit de l'institution, s'il doit être déclaré légitime ou illicite, s'il y a eu exercice régulier ou bien abus du droit de s'opposer à la substitution de preneur (1).

131. — Quel que soit le parti auquel on se range sur ce dernier point, il reste que la thèse de l'abus des droits contractuels a réalisé, au cours de ces dernières années, de nouveaux progrès en matière de bail et à l'occasion des clauses relatives à la faculté de cession ou de sous-location : sous la pression de nécessités économiques impérieuses, ces clauses, entendues jusque-là par la doctrine et la jurisprudence des cours d'appel avec une rigueur uniforme, se sont en quelque sorte dédoublées en deux séries, l'une qui continue à recevoir un traitement strict, l'autre qui comprend les clauses simplement limitatives et qui se plie à la discipline de l'abus et à l'épreuve salutaire du motif légitime.

132. — V. — *Le droit des sociétés*. — La vie des sociétés donne matière, elle aussi, à l'application de la théorie de l'abus ;

(1) La Cour de cassation estime au contraire qu'elle n'a point à contrôler la décision rendue en pareille matière par le juge du fond. Req. 7 févr. 1888 (D. P. 1888.1.164) ; 31 oct. 1922 (D. P. 1923.1.205) ; Civ. 18 févr. 1924 (D. P. 1924.1.17) ; 19 nov. 1924 (D. P. 1926.1.138) ; Req. 24 déc. 1928 (D. H. 1929.67). Cependant, la Cour suprême réserve son contrôle lorsqu'il s'agit de rechercher si le bailleur avait ou non donné son agrément à la sous-location (Civ. 30 nov. 1931, D. H. 1932.33) : ceci est difficilement conciliable avec cela.

elle doit s'orienter et se poursuivre socialement, en conformité du statut et du *jus fraternitatis*, de l'*affectio societatis* (1), sinon les manifestations en seront abusives et détermineront les sanctions habituelles : condamnation à des dommages-intérêts, nullité.

Les délibérations votées par une assemblée d'actionnaires sont soumises à la loi générale : bien que prises aux conditions de composition, de procédure et de majorité exigées par la loi ou par les statuts, elles sont susceptibles d'être entachées d'un vice originel à raison des mobiles qui les ont inspirées et qui leur ont communiqué un caractère abusif.

C'est ainsi que doit être annulée la délibération qui a été provoquée et prise en vue de rompre, au détriment d'un groupe d'actionnaires, l'équilibre qui avait été précédemment établi en sa faveur et qui avait été la condition essentielle et déterminante d'une fusion acceptée et consentie par lui ; sans doute, aucun vice de forme ne peut être relevé en cette occurrence, mais un abus de droit a été commis par l'assemblée sous l'influence des liquidateurs, abus caractérisé par le mobile auquel ils ont obéi et qui est d'intérêt personnel alors qu'il aurait dû être d'intérêt social (2) ; ainsi serait également viciée, pour motifs illégitimes, la décision prise par la majorité des actionnaires qui, possédant des parts de fondateur, prétendrait faire alimenter le fonds de prévoyance, institué par les statuts, au moyen de sommes prélevées, non plus sur la totalité des bénéfices, mais exclusivement sur la part des actionnaires (3) ; ou encore la délibération allouant aux administrateurs, qui disposent de la majorité dans l'assemblée, une augmentation du tantième que rien ne justifie (4). Dans ces différentes éventualités, et comme l'admettent MM. Lacour et Bouteron, « il y aurait lieu à nullité pour cause de

(1) V. HAMEL, *L'affectio societatis*, *Rev. trim. de droit civil*, 1925, p. 761.
(2) Trib. com. Seine, 17 déc. 1924 (D. H. 1925.282).
(3) Req. 22 janv. 1912 (S. 1913.1.209, note WAHL).
(4) Paris, 16 févr. 1911 (D. P. 1912.2.330, note PERCEROU ; S. 1911.2.193, note WAHL).

fraude, ou par application de la théorie de l'abus du droit (1) ».

Mais ce sont surtout les agissements des administrateurs et des gérants des sociétés anonymes qui sont passés au crible du concept de l'abus ; la jurisprudence n'hésitait pas à admettre la nullité d'une augmentation de capital qui avait été effectuée, en suite d'une délibération d'une assemblée générale extraordinaire, mais en violation de l'esprit dans lequel les pleins pouvoirs avaient été conférés à cet effet par ladite assemblée au conseil d'administration, lequel, en s'attribuant la presque totalité des actions nouvelles, avait entendu consolider sa situation en rompant le juste équilibre des suffrages et en compromettant pour l'avenir le contrôle confié par la loi aux assemblées générales (2). Nous déciderions de même, en ce qui nous concerne, pour le cas où un conseil d'administration prétendrait transférer au loin le siège de la société, ainsi que les statuts lui en confèrent le droit, mais en s'inspirant de considérations étrangères aux intérêts sociaux, par exemple, dans le but d'écarter des assemblées générales tels ou tels actionnaires trop curieux ou trop gênants : on ne saurait admettre, en effet, qu'un pouvoir dont les administrateurs ont été investis pour assurer le bon fonctionnement et l'essor de la société soit utilisé par eux en vue de leurs commodités personnelles et contre la loi sociale.

132 *bis*. — *La législation nouvelle*. — Le droit institué, dans le domaine des sociétés, par les décrets-lois de ces dernières années, a apporté une contribution importante à la théorie de l'abus ; l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867, modifié par le décret-loi du 8 août 1935, prévoit, dans ses numéros 6 et 7, les cas où des gérants — ou administrateurs — d'une

(1) LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 3e éd., t. I, nº 591 ; P. PIC, *Des sociétés commerciales* ; P. PIC et KRÉHER, Supp. 1937 au précédent traité, nº 1473 ; — *Adde*, DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par actions* ; NEUBURGER, *Le détournement de pouvoirs dans les sociétés anonymes*, thèse Paris, 1937.

(2) Trib. com. Chambéry, 19 août 1927 (S. 1928.2.97, note SOLUS).

société par actions auraient fait, soit des biens ou du crédit de la société (art. 15-6°), soit des pouvoirs qu'ils possédaient ou des voix dont ils disposaient en cette qualité (art. 15-7°) un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société, et cela « dans un but personnel ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés... ». En se comportant ainsi, ces gérants ou administrateurs ont détourné leurs pouvoirs de leur destination ; ils ont substitué l'intérêt personnel au but social ; ils ont fait leurs les fonctions qui ne leur appartenaient qu'ès-qualités ; ils en ont mésusé ; ils en ont abusé, et ils encourent de ce fait les peines portées par l'article 405 du code pénal, sans préjudice de l'application, à l'occasion, des pénalités afférentes au délit d'escroquerie. Comme l'écrit M. Solus, ces dispositions témoignent « de l'intention qu'ont eue les auteurs du décret-loi de protéger les actionnaires contre la tendance qu'ont certains administrateurs ou gérants à considérer que la société est leur propre chose et qu'ils peuvent utiliser à des fins personnelles les prérogatives que la loi leur donne pour des fins sociales » (1).

Des dispositions du même genre ont été introduites, dans le droit des *sociétés à responsabilité limitée*, par un décret-loi du 30 octobre 1935 qui a modifié à cet effet l'article 38 de la loi du 7 mars 1925 (2).

La notion de l'abus trouve encore sa place dans le droit qui a été élaboré en vue de la protection des obligataires ; elle vient mettre un frein tant à la puissance de l'assemblée générale qu'aux agissements des représentants de la masse, étant entendu que cette puissance et ces agissements comportent, en plus des limites objectives qui ont été tracées par le décret-loi du 30 octobre 1935 *relatif à la protection des*

(1) Solus, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et de 1937*, Paris, 1938, n° 95.
(2) V. Solus, *op. cit.*, n°s 126 et 127.

obligataires (1), des frontières subjectives tirées de la destination des pouvoirs et des droits ; ni les représentants de la masse, ni l'assemblée générale elle-même, ne peuvent se rebeller contre les véritables intérêts de la collectivité (2).

§ 4. — Abus commis dans la dissolution des contrats.

133. — En principe, les contrats, œuvres de deux ou plusieurs volontés, se dissolvent comme ils se sont formés, par l'accord unanime des parties, et cette dissolution s'accomplit impunément, sans engager en aucune façon la responsabilité de ceux qui l'ont provoquée ou qui y ont souscrit, sauf application des règles de droit commun en matière d'erreur, de violence ou de dol.

On conçoit cependant que le libre accord unanime des parties, s'il tarit toute source de responsabilité d'ordre interne, laisse encore place à des réclamations venues de l'extérieur et émanant de tiers lésés par la liquidation anticipée de la situation obligatoire ; sans doute, en thèse générale, les conventions sont sans effet à l'égard des tiers, et leur dissolution ne doit donc pas dépasser elle-même le cercle des parties et de leurs ayants cause à titre universel ; mais on sait que le principe, dit de la relativité des conventions, est loin d'être absolu (3) et qu'il perd toute exactitude pour ce qui est des contrats à large rayon d'action qui créent des situations permanentes ayant une valeur absolue. Tel est le cas, par exemple, du contrat de société qui donne naissance à un être moral et qui établit un droit statutaire, valable pour tous et contre tous ; on imagine parfaitement que la dissolution

(1) V. par exemple l'art. 21 du décret du 30 oct. 1935.
(2) V. J. Kréher, *La défense des obligataires*, 1938, nos 137 et 218.
(3) V. l'article de M. Lepargneur : *De l'effet à l'égard de l'ayant-cause particulier des contrats générateurs d'obligations conclus par son auteur relativement au bien transmis*, *Rev. trim. de droit civil*, 1924, p. 481.

anticipée de ce contrat et la disparition prématurée de la personne juridique qui en était issue soient de nature à causer un préjudice injuste à des tiers, c'est-à-dire à des non associés.

134. — La question s'était posée, sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867 et avant la loi du 23 janvier 1929, dans les rapports des associés avec les porteurs de parts : la dissolution anticipée d'une société est susceptible de nuire aux porteurs qui n'ont pas les moyens de la conjurer puisqu'ils ne participent pas à la vie sociale, n'ayant pas accès dans les conseils d'administration ni dans les assemblées générales. Certes, ils n'auraient pas été fondés à protester contre une dissolution prononcée en conformité de l'article 1871 du code civil ou de la loi du 24 juillet 1867, articles 37 et 38 ; et, même en dehors de ces éventualités, ils n'auraient pas été admis à demander la nullité de la délibération portant dissolution anticipée, car, en ce faisant, ils se fussent immiscés dans les affaires sociales, ce qui eût été en contradiction avec le caractère juridique de leur titre : mais on leur reconnaissait la faculté de demander alors des dommages-intérêts, du moins si la mesure avait été prise contre eux, en vue de leur nuire, comme si par exemple les actionnaires avaient eu pour but, en dissolvant prématurément la société, d'évincer lesdits porteurs de parts pour reconstituer aussitôt le groupement sur des bases nouvelles ou pour fusionner avec une autre société : actionnaires et porteurs de parts constituent en réalité deux groupes entre lesquels l'équilibre statutaire doit être équitablement maintenu, et toute mesure, notamment la dissolution, prise dans le but de rompre cet équilibre, présente un caractère abusif et expose donc la société à une demande en dommages-intérêts de la part du groupe lésé par des manœuvres illégitimes. C'est seulement si la dissolution anticipée pouvait être étayée sur des raisons valables, si on devait y voir une « sage mesure d'administration » n'ayant pas « pour but ni pour con-

séquence de nuire aux droits des porteurs de parts », que la responsabilité des actionnaires serait à l'abri de réclamations de ce genre : ici comme presque toujours, l'exercice du droit doit être causé par un motif légitime, sinon il y a abus, et, par conséquent, responsabilité (1).

Le problème a changé d'aspect depuis que la loi du 23 janvier 1929 est venue préciser et renforcer la situation des porteurs de parts qui peuvent être réunis, nonobstant toute stipulation contraire, en assemblée générale, laquelle est appelée à donner son assentiment à tout projet de dissolution anticipée, sous la réserve du cas où la société aurait subi des pertes absorbant le quart au moins du capital social, après imputation préalable des réserves (2). Hors de là, les porteurs de part sont fondés à contester la proposition de dissolution anticipée, sans pouvoir d'ailleurs la conjurer, mais avec la ressource d'exercer contre la société, collectivement, par l'organe de leurs représentants, une action en dommages-intérêts dont le succès sera fonction, dans une large mesure, des raisons qui sont à la base de la dissolution et de l'opportunité de celle-ci (3). Certainement, le concept des mobiles, donc aussi celui de l'abus, jouera un rôle important dans la décision que rendra, à cette occasion, la juridiction saisie d'une demande en dommages-intérêts ; en cette matière, comme en beaucoup d'autres, le droit jurisprudentiel a tracé sa voie au droit législatif et la conception de l'abus, après avoir été consacrée par des arrêts, l'a été, sous une forme plus concrète, par la loi elle-même.

135. — Dans la majorité des cas, ce n'est point la dissolution conventionnelle des contrats qui crée une situation litigieuse, mais bien la dissolution déterminée par la volonté

(1) V. Req. 27 janv. 1925, motifs (D. P. 1925.1.193, avec une note de M. HAMEL qui contient un exposé complet de la question).

(2) L. 23 janv. 1929 *sur les parts de fondateur émises par les sociétés*, art. 10.

(3) Même texte, § 2.

d'une seule des parties, la dissolution unilatérale revêtant l'aspect et la signification d'une résiliation.

En thèse générale, il ne saurait dépendre d'une volonté unique de rompre ainsi l'œuvre commune : en se dérobant à l'exécution de ses engagements, le débiteur ne s'évade pas par cela même du rapport obligatoire dans lequel il était et demeure enserré ; ce n'est pas seulement un abus qu'il commet alors, mais bien un acte contraire au droit, et intrinséquement injuste, un acte illégal.

Cependant, il est des contrats qui peuvent être rompus par la volonté de l'une des parties : l'œuvre commune est alors à la merci du reniement d'un seul (1) : cette faculté de désistement est ordinairement d'origine légale ; cependant, il arrive que la source en soit purement conventionnelle. Dans l'une ou l'autre de ces éventualités, la question s'élève de savoir si le droit de résiliation peut être exercé discrétionnairement et impunément, ou bien s'il ne trouve pas une limitation dans la notion de l'abus et dans le critère du motif légitime.

136. — I. — *La résiliation unilatérale exercée en vertu d'un texte de loi.* — Le mandat, la société civile et le louage de services à durée indéterminée peuvent être rompus par la volonté de l'une des parties et à l'encontre du désir de l'autre ou des autres contractants, partisans du maintien du lien obligatoire.

137. — Dans le *mandat*, ce phénomène affecte une forme géminée, car les deux parties, bien qu'occupant des situations juridiques très différentes, peuvent, chacune de son côté, s'évader de la combinaison dans laquelle elles étaient entrées : l'article 2007 du code civil permet au mandant de « révoquer sa procuration *quand bon lui semble* », tandis que, d'autre part, le mandataire a la faculté, qui lui est conférée

(1) V. DEMOGUE, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, *Rev. trim. de droit civil*, 1907, p. 245.

par l'article 2007, alinéa 1er, de « renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation ». Mandant et mandataire ont donc ainsi un droit de résiliation unilatérale, mais un droit relatif, conditionné dans son utilisation et qui ne doit être exercé, à peine d'abus, qu'à bon escient, pour des motifs légitimes.

138. — A vrai dire, c'est seulement pour le droit de *renonciation* du mandataire que le code civil formule une réserve de ce genre : encore le fait-il en des termes qui évoquent implicitement la notion de l'abus plutôt qu'ils ne la consacrent clairement ; tout ce que dit l'article 2007 dans son deuxième alinéa, c'est que le mandataire renonçant doit indemniser le mandant du préjudice que son désistement lui cause, à moins cependant, ajoute le texte, qu'il ne se trouve « dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable » ; c'est-à-dire, en somme, à moins qu'il n'eût une juste raison de se retirer de l'opération (1). Nous voyons ainsi réapparaître la notion du motif légitime, évocatrice de l'abus des droits et nous retombons donc dans les recherches d'ordre subjectif dont le début de la formule légale paraissait bien s'affranchir ; ce qui n'empêche d'ailleurs que le critérium du code civil ne soit également d'ordre économique : le mandataire peut, en se désistant, causer légitimement un dommage au mandant, à la condition qu'il n'ait pas d'autre moyen d'échapper lui-même à un préjudice considérable ; ainsi se trouve réalisé l'équilibre économique entre les deux droits antagonistes issus d'une même opération : c'est l'intérêt personnel, égoïste du mandataire qui constitue la justification de son droit de renonciation.

(1) Le code civil de la Russie soviétique précise davantage en faisant jouer la responsabilité du mandataire lorsque le contrat est par lui résilié « dans des conditions telles que le mandant n'a pas la possibilité de le remplacer ou d'assurer autrement la conduite de l'affaire » (art. 258, traduction PATOUILLET).

139. — Pour le droit de *révocation* qui appartient au mandant, nous ne trouvons dans la loi aucune disposition qui envisage la possibilité d'un abus, fût-ce à mots couverts ; mais notre jurisprudence n'a jamais hésité à faire subir à cette faculté l'épreuve du motif légitime et à reconnaître que son exercice abusif était susceptible d'engager la responsabilité du mandant ; elle a eu l'occasion de faire application de ces principes dans des cas très variés, soit dans les rapports d'un commerçant avec un agent d'affaires à qui il avait confié le soin d'effectuer des recouvrements (1), soit dans ceux du directeur d'une maison de commerce avec son représentant (2), soit encore dans ceux d'une assemblée d'actionnaires avec les administrateurs d'une société (3), et sans distinguer suivant la forme de la rémunération du mandataire (4), ni même selon qu'il y a ou non rémunération. De toute façon et en toute occurrence, la révocation ne peut intervenir qu'à bon escient, pour de justes motifs, correctement ; et surtout, elle ne saurait procéder d'une pensée malveillante, de l'intention de nuire. Sans doute, elle est invariablement efficiente en ce sens qu'elle demeure acquise et qu'elle met fin au mandat, fût-elle parfaitement injustifiée : comment imposer aux parties, contre leur volonté, le maintien d'une opération qui repose essentiellement sur une mutuelle confiance ? Mais le mandant qui aura retiré cette confiance au mandataire, soit afin de lui nuire (5), soit encore par pur caprice, sans motif sérieux (6), soit aussi « dans le but blâmable de s'approprier

(1) Douai, 20 avr. 1891 (D. P. 1892.2.51).

(2) Req. 31 mars 1931 (S. 1931.1.200) ; Lyon, 6 avr. 1895 (D. P. 1895.2.431) ; Nancy, 2 févr. 1909 (D. P. 1910.2.268) ; Paris, 27 déc. 1930 (*Gaz. Pal.*, 1931.1.89).

(3) Req. 2 juin 1924 (*Rev. trim. de droit civil*, 1924, p. 1008).

(4) Dans l'affaire soumise à la cour de Nancy, le mandataire était un « représentant à la commission » qui ne touchait d'autre rémunération qu'un tant pour cent sur les affaires par lui traitées.

(5) Arrêt précité de la cour de Douai.

(6) La cour de Douai déclare que la responsabilité du mandant est engagée s'il en a fait usage « dans des circonstances intempestives » qui ont causé au mandataire « des dommages injustes ».

le bénéfice d'une clientèle » qui était personnelle au mandataire (1) devra indemniser sa victime du préjudice qu'il lui aura ainsi causé par un acte, légal sans doute, intrinsèquement correct, mais abusif, mais injuste à raison même de sa genèse, de l'ambiance morale dans laquelle il est intervenu : la faculté de révocation reste soumise « aux règles générales du droit (2) » ; elle ne doit donc pas être exercée d'une manière abusive (3).

140. — La *société civile* comporte, elle aussi, la dissolution unilatérale, de par la volonté de l'un quelconque des associés, du moins lorsqu'elle avait été conclue pour une durée illimitée (4) ; mais ce droit de résiliation, qui fait tomber toute l'opération, comporte lui-même une limitation importante, car l'efficacité de la renonciation n'est reconnue par la loi que si elle intervient de bonne foi et non à contre-temps ; faite, soit de mauvaise foi, soit à contre-temps, elle ne dissout point la société (5).

L'article 1870 nous donne, sinon des définitions, du moins des exemples de renonciations faites de mauvaise foi (6) ou à contre-temps (7) : la jurisprudence considère avec raison que ce texte est énonciatif, non limitatif, et que la volonté de retraite de l'un des associés peut être frappée d'inefficacité, pour cause de mauvaise foi ou d'inopportunité, en dehors des cas prévus par la loi (8). Ce qui est décisif, c'est le but pour-

(1) Req. 31 mars 1931, précité.
(2) Arrêt précité de la cour de Nancy ; la chambre des requêtes fait reposer la responsabilité du mandant sur l'usage et sur l'équité (arrêt précité).
(3) Req. 31 mars 1931.
(4) C. civ. art. 1865-5° et 1869.
(5) C. civ. art. 1869, *in fine*.
(6) Art. 1870, al. 1. — Comp. Req. 13 juill. 1868, motifs (D. P. 1869.1.137).
(7) Art. 1870, al. 2. V. Poitiers, 11 févr. 1901 (D. P. 1903.2.286).
(8) C'est qu'ainsi qu'on a pu considérer comme étant de mauvaise foi, au terme de l'article 1869, la renonciation ayant pour but de soustraire l'associé au paiement des cotisations dont il était redevable envers la société (Nancy, 19 mars 1892, D. P. 1893.2.21).

suivi par le démissionnaire ; mais c'est aussi la manière, le mode de réalisation de son droit : la renonciation intempestive est mise par la loi sur la même ligne que la renonciation faite de mauvaise foi ; la faute non intentionnelle est égalée au dol ; comme lui, elle est constitutive de l'abus.

Quant à la sanction, elle est aussi efficace que possible : la renonciation injustifiée sera non avenue et la société suivra son cours ; cette mesure préventive rendra inutile toute sanction répressive.

141. — Bien plus effectivement que le mandat et que la société, le *louage de services* sert de cadre, dans sa rupture, à la thèse de l'abus des droits (1).

On sait qu'une loi du 27 décembre 1890, confirmant une jurisprudence ancienne, a consacré le droit de congé unilatéral, pour chacune des parties, dans le louage de services contracté *pour une durée indéterminée* (2), mais que la résiliation ainsi intervenue, par la volonté d'un seul des intéressés, employeur ou employé, peut donner lieu à des dommages-intérêts (3) envers la partie congédiée.

Or, il ressort des précédents comme des travaux préparatoires de la loi de 1890, et il est admis par une jurisprudence constante, que la responsabilité qui incombe alors à la partie

(1) V. P. Pic, *Traité élém. de législation industrielle*, 6e éd., nos 1178 et s. et *Suppl.* ; Jean Vincent, *La dissolution du contrat de travail*, thèse Lyon, 1935 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. II, 3e éd., nos 1283 et s. ; H. et L. Mazeaud, t. I, no 584 ; Demogue, t. IV, no 658.

(2) C. civ. art. 1780, al. 2 ; code du travail et de la prévoyance sociale, art. 23, modifié et complété par les lois du 19 juill. 1928 et du 5 févr. 1932 ; et art. 23 *a*. ajouté par cette dernière loi. Il est à remarquer que la loi du 19 juill. 1928 a modifié l'art. 23 précité, sans toucher à l'art. 1780 du code civil et sans même le viser, alors cependant que ledit art. 23 n'était que la reproduction de la disposition du code civil, telle qu'elle avait été aménagée par la loi du 27 déc. 1890. — Pour la dissolution du contrat passé entre les compagnies d'assurances et leurs agents, V. L. 16 déc. 1927 ; pour les voyageurs, représentants et placiers du commerce et de l'industrie, V. L. 18 juill. 1937 (C. trav., livre Ier, art. 29 *m*, *n*, *o*, *p*.).

(3) C. civ. art. 1780, al. 3 et s. ; c. trav., livre Ier, art. 23 et 23 *a*.

congédiante se rattache à la théorie de l'abus des droits (1) : c'est parce que cette partie a abusé du droit qui lui appartenait incontestablement de rompre le contrat qu'elle se voit condamnée à réparer le préjudice que sa décision arbitraire, injustifiée, a causé à la partie congédiée. Une foule de décisions émanées de juridictions appartenant à tous les degrés de la hiérarchie judiciaire donnent journellement ce sens et cette portée au troisième alinéa de l'article 1780 du code civil, qui devient ainsi un des remparts les plus puissants et les plus efficaces de la théorie de l'abus des droits, comme aussi les articles 23 et 23 *a* du livre Ier du code du travail qui, dans leur teneur actuelle, telle qu'elle a été fixée par les lois du 19 juillet 1928 et du 5 février 1932, visent et réglementent la *résiliation abusive* du contrat, l'appréciation de l'*abus* et les conséquences qui en résultent (2).

Le système légal et jurisprudentiel peut être ramené essentiellement aux propositions suivantes :

1° Le droit qui appartient à chacune des parties, dans le louage de services à durée indéterminée, de rompre unilatéralement le contrat, est susceptible d'abus.

2° L'abus en pareille matière est caractérisé par l'absence de motifs légitimes, c'est-à-dire par l'absence de raisons justificatives chez l'auteur de la rupture.

3° C'est au juge du fond qu'il échoit de rechercher et de retenir souverainement les mobiles auxquels la partie congé-

(1) Les décisions des diverses juridictions évoquent expressément la notion de l'abus du droit de résiliation ; nous ne pouvons que renvoyer le lecteur aux arrêts cités plus loin.

(2) Art. 23, § 5 : « *Les dommages-intérêts qui peuvent être accordés pour inobservation du délai-congé ne se confondent pas avec ceux auxquels peut donner lieu, d'autre part,* la résiliation abusive *du contrat...* ; *le tribunal, pour apprécier s'il y a abus...* ». — Art. 23 *a* : « *Lorsqu'un salarié, ayant* rompu abusivement *un contrat de travail... La responsabilité du nouvel employeur cesse d'exister si, au moment où il a été averti, le contrat de travail* abusivement rompu *par le salarié était venu à expiration...* »

diante a obéi (1) ; sa décision devant mentionner expressément le motif allégué par l'auteur de la rupture (2).

4° Mais la Cour de cassation exerce son contrôle habituel sur la qualification donnée par les juges du fait aux motifs ainsi retenus dont elle apprécie le caractère correct ou abusif (3).

5° Le fardeau de la preuve incombe au demandeur : c'est à lui qu'il appartient d'établir l'abus commis à son préjudice ; la partie congédiante n'a qu'à se tenir sur la défensive : *actori incumbit probatio* (4).

6° La sanction de l'abus consiste purement et simplement dans une condamnation à des dommages-intérêts qui sera infligée à l'auteur de la rupture injustifiée (5). Il ne saurait être question de réaliser une sanction en nature, c'est-à-dire de contraindre l'employeur à conserver son employé ou d'obliger l'ouvrier à réintégrer l'usine.

(1) V. outre les arrêts cités *infrà*. Civ. 12 févr. 1923 (D. P. 1923.1.129); 23 févr. 1925 (S. 1926.1.30) ; 5 août 1935 (D. H. 1935.523).

(2) C. trav., livre Ier, art. 23, § 5.

(3) V. Civ. 17 juin 1913 (S. 1913.1.352) ; « s'il appartient aux juges du fond de constater souverainement les circonstances d'où dérive la responsabilité d'un fait dommageable, l'appréciation par laquelle les attribuent à ces circonstances le caractère légal d'une faute imputable à l'une des parties, est susceptible d'être revisée par la Cour de cassation ». Comp. Civ. 20 mars 1895 (D. P. 1895.1.249) ; 6 févr. 1923 (*Bull. civ.*, 1923, n° 32, p. 57) ; 28 janv. 1924 (*ibid.*, 1924, n° 27, p. 51 et les arrêts cités *infrà*).

(4) Jurisprudence constante, après comme avant la loi du 19 juillet 1928 : Civ. 20 mars 1895 (D. P. 1895.1.249) ; 12 mars 1902 (D. P. 1902.1.214) ; 16 mars 1903 (S. 1903.1.407) ; 28 janv. 1908 (D. P. 1908.1.195) ; 17 juin 1913 (S. 1913.1.352) ; 12 déc. 1923 (S. 1924.1.261) ; 2 janv. 1924 (S. 1924.1.268) ; 23 févr. 1925 (S. 1926.1.30) ; 18 mars 1930 (D. P. 1930.1.71, note Rouast ; Req. 25 mars 1931 (D. P. 1932.1.8) ; 10 mai 1933 (D. P. 1935.1.108, note P. Pic ; Civ. 6 avr. 1936 (D. H. 1936.265). — V. J. Vincent, *op. cit.*, p. 499 et s.

(5) V. les décisions ci-dessus rapportées et l'art. 23 § 4 du code du travail, livre Ier. — Lorsque la rupture porte sur un contrat conclu avec un voyageur, représentant, placier du commerce et de l'industrie, et si elle émane de l'employeur, le montant des dommages-intérêts dus à l'employé est fixé par la loi avec une précision et une bienveillance toutes particulières (L. 18 juill. 1937 ; c. trav., livre Ier, art. 29 *n* et 29 *o*) ; il y a là une manifestation de ce droit professionnel, de ce droit de classe dont la formation est une des caractéristiques du courant législatif actuel (V. L. Josserand, *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, D. H. 1937, *Chronique*, p. 1 ; Jean Dabin, *Droit de Classe et droit commun*, dans le *Recueil d'études en l'honneur* d'Edouard Lambert, 1938, t. III, p. 66).

142. — De cette série de propositions qui constituent, dans leur ensemble, un corps de doctrine solide, cohérent et bien ordonné, c'est la deuxième qui doit retenir plus spécialement notre attention, celle qui ramène la notion de l'abus du droit de résiliation à l'absence de motifs légitimes. Elle s'étaye sur la jurisprudence antérieure à la loi de 1890, sur l'esprit même de cette loi et, plus spécialement, sur les déclarations qui ont été faites, au cours des travaux préparatoires, à la tribune du Sénat, par M. Léon Renault (1) notamment, ainsi que par M. Tolain (2) ; l'exactitude en a été confirmée ultérieurement par le législateur lui-même, puisque la loi du 18 juillet 1901 — aujourd'hui abrogée — qui tendait à garantir leur travail aux réservistes et aux territoriaux appelés à faire une période d'instruction militaire, se référait à la disposition de l'article 1780 du code civil en évoquant la notion de la « cause légitime » (3). Aussi comprend-on la fermeté de la jurisprudence des cours d'appel et de la Cour de cassation en pareille matière : constamment, il est rappelé dans la teneur des arrêts que le patron qui congédie un ouvrier ou un employé lui doit une indemnité à moins qu'il ne puisse invoquer une *cause légitime* (4), *un motif légitime* (5), un *juste motif* (6), en dehors desquels le congé revêtirait un caractère

(1) Séance du Sénat du 25 nov. 1890 : « Que veulent dire ces mots : *peuvent donner lieu à des dommages-intérêts* ? Ils ne peuvent avoir qu'une seule signification, c'est qu'il y aura lieu à des dommages-intérêts si la rupture du contrat, voulue par une seule des parties contractantes, n'est pas appuyée de *motifs légitimes* ; car, en dehors de cette interprétation de la disposition ajoutée par le projet de loi à l'art. 1780, il n'y en a pas d'autre que la raison puisse concevoir, que la conscience puisse supporter. »

(2) Dans la séance du 4 déc. 1890, M. Tolain, supposant qu'un patron congédie un ouvrier parce qu'il fait partie d'un syndicat, se demande s'il y a là une *cause légitime* de renvoi, un *motif légitime* de rupture du contrat (*J. off.*, p. 1131, col. 3).

(3) Art. 2 de cette loi « alors même que, pour une autre *cause légitime*, le contrat serait dénoncé par l'une des parties... » Ce texte n'a d'ailleurs été abrogé que pour être intégré dans le code du travail (art. 26 du livre Ier).

(4) Just. paix, Casablanca, 16 oct. 1924 (*Rec. des sommaires*, 1925, n° 1510).

(5) Req. 22 juill. 1896 (D. P. 1897.1.401, note Planiol) ; Rouen, 29 déc. 1894 (D. P. 1895.2.228).

(6) Trib. com. Seine, 14 mars 1916 (S. 1917.2.119).

abusif. D'ailleurs, le législateur n'est pas moins formel : l'article 23 du code du travail, dans son alinéa cinquième, décide que le tribunal, pour apprécier s'il y a abus, « *pourra faire une enquête sur les circonstances de la rupture* » ; et que son jugement « *devra, en tous cas, mentionner expressément le motif allégué par la partie qui aura rompu le contrat* » ; et l'alinéa suivant ajoute que, pour la détermination de l'indemnité, il sera tenu compte, en général, « *de toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé* ». L'abus du droit de rupture se ramène ainsi, sans aucune contestation possible, à l'absence de motifs justificatifs de la part de celui qui y a eu recours.

143. — Quant à la détermination des circonstances qui sont susceptibles de jouer un rôle justificatif en pareille matière, elle soulève naturellement des difficultés dont la Cour de cassation se réserve le droit de connaître, ainsi que nous l'avons précédemment noté. Sa doctrine présente d'ailleurs, sur ce point, une réelle ampleur : répudiant les systèmes étroits et arbitraires qui avaient prétendu limiter la responsabilité de la partie congédiante au cas où elle aurait agi méchamment, avec la volonté de nuire à la partie congédiée (1), ou qui, à l'inverse, ne voulaient retenir, en tant que motifs légitimes, que les seules circonstances, les seuls événements se rapportant à la personne de l'ouvrier, à l'exclusion de ceux qui survenaient du côté de l'employeur — ralentissement des affaires, sinistre, maladie, etc. (2) — la Cour suprême retient tous les mobiles auxquels l'auteur de la rupture a obéi, quelles qu'en soient l'incidence et la localisation ; dolosifs ou non, localisés du côté de l'employeur ou du côté de l'employé, ils doivent passer indistinctement au crible du

(1) En ce sens, MARC SAUZET, *Etude sur le nouvel article* 1780 *c. civ.*, dans les *Annales de droit commercial*, 1891, p. 49 et 97, notamment p. 104 et s.

(2) V. en ce sens, APPERT, note S. 1899.3.33.

contrôle judiciaire et sont susceptibles, suivant les cas, de justifier le congé ou d'en accuser le caractère abusif.

C'est ainsi que constitueront de justes motifs de résiliation unilatérale : en faveur de l'employeur, l'infidélité d'un ouvrier convaincu d'indélicatesse, de vol (1) ; l'indiscipline, l'inobservation des règlements (2) ; la concurrence déloyale (3), l'intempérance (4), la diminution dans la capacité de travail de l'ouvrier (5), sa maladie, du moins lorsque les nécessités de l'entreprise contraignent le patron à le remplacer avant sa guérison (6), la survenance d'un événement qui détermine la fermeture de l'usine (7) ; la réorganisation des services et la réduction du personnel, la suppression d'emploi (8) ; le ralentissement des affaires consécutif à une crise économique (9) ; le refus de l'ouvrier d'examiner, de discuter des propositions de modifications au contrat primitif (10), — en faveur de l'ouvrier ou de l'employé, les exigences excessives du patron, le défaut de paiement ou le retard apporté dans le paiement du salaire ; la prédominance, dans la direction d'une entreprise, d'éléments étrangers ressortissant à un pays avec lequel la France est en état de guerre (11) ; à plus

(1) Req. 22 juill. 1896 (D. P. 1897.1.401, note PLANIOL) ; Civ. 6 févr. 1935 (D. H. 1935.180 ; S. 1935.1.143) ; Rouen, 29 déc. 1894 (D. P. 1895.2.228).

(2) Douai, 11 mai 1892 (D. P. 1893.1.170) ; Trib. civ. Seine, 3 nov. 1921 (D. P. 1922.5.2). Pour le cas de l'ouvrier ou de l'employé qui refuse de se plier aux obligations que le régime des assurances sociales met à sa charge, V. C. prud'hommes Seine, 4 sept. 1930 (*Gaz. Pal.* 1930.2.349).

(3) Limoges, 23 nov. 1896 (*Rev. prat. de dr. com.*, 1896.24).

(4) Trib. com. Amiens, 25 oct. 1898 (*Rev. prat. de dr. com.*, 1899. 37).

(5) Civ. 28 janv. 1908 (D. P. 1908.1.195 ; S. 1908.1.241) ; 18 juill. et 1er août 1916 (D. P. 1916.1.286).

(6) Civ. 27 nov. 1933 (S. 1934.1.60).

(7) Paris, 21 nov. 1885 (*Droit*, 7 déc.) ; Civ. 17 juill. 1919 (D. P. 1920.1.94) ; 30 juin 1925 (*Rec. des sommaires*, 1926, nº 2464).

(8) Civ. 28 déc. 1932 (D. H. 1933.180 ; S. 1933.1.68) ; 22 janv. 1935, motifs (D. H. 1935.179) ; 24 févr. 1936 (D. H. 1936.177).

(9) Civ. 26 janv. 1932 (S. 1932.1.86) ; 21 mars 1932 (S. 1932.1. 187) ; 14 mai 1935 (S. 1935.1.263).

(10) Civ. 28 janv. 1931 (S. 1931.1.242).

(11) Trib. com. Seine, 14 mars 1916 (S. 1917.2.119).

forte raison, la malice et la méchanceté (1) ; tandis qu'il y aurait lieu de considérer comme abusives les résiliations occasionnées par une courte absence de l'ouvrier due à la maladie (2) ou par le refus de travailler dans des conditions illégales, délictueuses (3), le dimanche par exemple ; ou encore les ruptures intervenues sans motif précis, sans raison apparente, par coup de tête ou par caprice (4), et, plus encore, celles qui sont inspirées par un esprit de malveillance, de vengeance à l'encontre d'un homme (5), de représailles (6) ou par une volonté de lutte vis-à-vis d'une institution régulière (7).

On le voit, le motif légitime a pour fonction d'exclure l'accusation, portée contre la partie congédiante, d'avoir usé de son droit de résiliation dans un but illicite et d'être sortie de l'esprit de l'institution (8) ; l'abus se caractérise ainsi très nettement par un « défaut de justification » (9), par la déviation que le titulaire de ce droit lui aurait fait subir ; il peut donc exister en dehors de toute malveillance, du moment qu'une faute a été commise (10) et, par exemple, lorsque le

(1) Req. 17 juin 1933 (D. H. 1933.393).

(2) Req. 20 juill. 1920 ; Civ. 22 déc. 1920 (D. P. 1921.1.35) ; 2 janv. 1924 (S. 1924.1.268). Comp. Civ. 15 mars 1926 (S. 1926.1.117).

(3) Civ. 8 févr. 1928 (S. 1928.1.215).

(4) C. prud'hommes Seine, 12 mars 1925 (*Rec. des sommaires*, 1925, n° 3132).

(5) Civ. 25 févr. 1920 (D. P. 1920.1.94).

(6) Paris, 9 avr. 1934 (D. H. 1934.322).

(7) Sur les congés motivés par l'affiliation d'un ouvrier à un syndicat professionnel, la jurisprudence a pris la même position que sur le refus de contracter procédant de la même inspiration, *suprà*, nos 95 et s. et note H. CAPITANT (D. P. 1926.3.9).

(8) Le motif légitime n'a cependant pas nécessairement une valeur justificative absolue ; il peut arriver qu'il soit mélangé d'une faute commise par la partie congédiante et à l'occasion du congédiement ; en pareil cas, le juge prononcera contre le défendeur une condamnation à des dommages-intérêts, mais compte tenu des justifications par lui présentées. Req. 22 juill. 1925 (D. P. 1926.1.125). L'annotateur de cet arrêt le critique assez vivement, mais à tort croyons-nous, la Cour de cassation s'étant bornée à faire application d'une jurisprudence fort ancienne et très connue d'après laquelle, au cas de faute commise, il y a lieu de procéder à un partage de la responsabilité, donc à une modération des dommages-intérêts.

(9) Civ. 23 févr. 1925 (S. 1926.1.30).

(10) Les arrêts qui identifient l'abus du droit de résiliation avec une faute commise à l'occasion de son exercice sont fort nombreux.

congé a été donné légèrement, par caprice ; le bon plaisir n'a pas de valeur juridique ; il est impuissant à justifier l'exercice dommageable d'un droit, du moins lorsque ce droit, comme celui que nous envisageons, est doué d'une finalité propre dont il ne doit point s'écarter.

Mais, dans tous les cas — et l'observation est essentielle — l'abus du droit de résiliation et le motif légitime qui en constitue la négation même, sont des notions d'ordre subjectif : c'est dans la genèse du congé que le législateur, et, après lui, le juge, vont puiser des arguments pour ou contre sa légitimité ; la mentalité de la partie congédiante joue un rôle absolument décisif lorsqu'il s'agit de savoir si une résiliation, régulière en soi, n'expose cependant pas celui qui l'a consommée au paiement d'une indemnité.

144. — Par là, l'acte abusif se différencie nettement, en notre matière comme partout ailleurs, de l'acte illégal en lui-même, et notamment de l'acte qui va à l'encontre d'une règle de forme. Ce serait le cas, par exemple, du congé donné par l'une des parties en violation des délais de prévenance, tels qu'ils ont été fixés par un règlement, par la convention ou par l'usage ; la résiliation déclenchée dans ces conditions n'est point seulement abusive ; elle fait échec au droit, abstraction faite des raisons qui l'ont déterminée et qu'il ne sera pas indispensable de pénétrer ; elle est illicite objectivement. Ainsi s'affirme, une fois de plus (1), l'opposition si fréquemment relevée entre l'*acte illégal*, lequel engage invariablement la responsabilité de son auteur envers la victime, et l'*acte injustifié*, qui est irréprochable formellement et qui ne revêt un caractère illicite que parce que la volonté dont il émane s'est trouvée en contradiction avec le vœu du législateur et l'esprit de l'institution. Cette distinction n'est pas toujours nette-

V. : Civ. 12 mars 1902 (D. P. 1902.1.214) ; 16 et 18 mars 1903 (D. P. 1905.1.127) ; 17 juill. 1919 (D. P. 1920.1.94) ; 22 déc. 1920 (D. P. 1921.1.35).

(1) V. *suprà*, nos 26, 38 *bis* et 62.

ment établie ; on la trouve cependant consacrée par certains auteurs (1) et dans diverses décisions (2) et elle ressort assez nettement de l'opposition que le législateur lui-même a établie entre les dommages-intérêts qui sont alloués pour inobservation du délai-congé et ceux qui viennent sanctionner la rupture abusive du contrat ; cette discrimination est réalisée tant dans l'article 23 § 5 du livre Ier du code du travail, et pour la dissolution du contrat de travail en général, que dans l'article 29 *m* du même livre, tel qu'il a été aménagé par l'article 2 de la loi du 18 juillet 1937, *instituant le statut des voyageurs, représentants et placiers de commerce et d'industrie* ; tandis que le premier de ces textes conjure la confusion qu'on aurait pu être tenté d'établir entre les deux catégories de dommages-intérêts, le deuxième les vise distinctement, sous deux numéros différents. Il n'est donc pas excessif de conclure que la discrimination de l'acte illégal et de l'acte simplement abusif a été faite, par le législateur lui-même, à propos de la rupture du contrat de travail.

145. — II. — *La résiliation unilatérale exercée en vertu d'une clause contractuelle.* — Il arrive parfois que les parties ou l'une d'elles se sont réservé le droit de résilier, à de certaines époques et dans des conditions déterminées, le contrat conclu pour une période fixe.

Le bail d'immeuble nous offre — ou du moins nous offrait avant la crise qui sévit sur les loyers — des exemples fréquents, d'une telle combinaison : la convention est conclue pour une période déterminée, par exemple neuf années, mais les parties,

(1) V. Planiol, 10e éd. par Ripert, t. II, nº 1892 ; Jean Vincent, *op. cit.*, p. 606 et s.

(2) Req. 21 nov. 1893 (D. P. 1894.1.237 et le rapport du conseiller Letellier) ; Civ. 8 mars 1922 (S. 1922.1.356) ; 19 févr. 1923 (D. P. 1925.1.129, note P. Pic). — Il y a toutefois lieu d'observer que les délais de prévenance perdent leur caractère obligatoire lorsque l'une des parties a commis envers l'autre une faute assez grave pour justifier une rupture immédiate du contrat (Civ. 16 déc. 1925 ; S. 1925.1.375) ; la responsabilité subjective se trouve alors de réagir sur le droit objectif pour le neutraliser en quelque sorte.

ou le preneur seul, se réservent expressément de donner congé soit à l'expiration de la troisième année, soit à la fin de la sixième. C'est le type classique du bail « trois, six, neuf ».

La faculté de résiliation, ainsi reconnue aux parties ou à l'une d'elles, est considérée comme ayant une valeur absolue ; elle peut être exercée discrétionnairement, *ad nutum*, sans que son titulaire ait à donner les raisons de sa détermination et sans qu'il puisse être inquiété à leur occasion. Ainsi l'ont entendu les parties qui ont certainement répudié jusqu'à l'idée d'un contrôle en pareille matière et qui ont voulu, en s'octroyant une franchise entière, couper court à toutes contestations et prévenir tous procès. L'abus cesse d'être concevable parce qu'il s'agit ici de l'exercice d'un droit que les contractants ont volontairement destitué de toute finalité et auquel ils ont délibérément conféré un caractère purement abstrait en le détachant de sa cause : on peut dire, sans exagération, que le moyen justifie alors la fin, ou plutôt qu'il la masque complètement.

146. — Mais il ne faudrait pas généraliser cette décision et l'appliquer, sans distinction et sans réserve aucune, à toutes résiliations unilatérales d'origine contractuelle : comme nous avons eu l'occasion de le noter précédemment, la faculté de résiliation qui serait reconnue au vendeur, par exemple à un constructeur d'automobiles, dans l'acte de vente, ne doit être utilisée qu'à bon escient et dans le plan de la convention (1) ; il serait intolérable — et contraire à l'esprit même de l'opération — que son bénéficiaire pût l'invoquer uniquement parce que les conditions auxquelles la vente avait été conclue ont cessé de lui plaire ; autre chose est la clause « *rebus sic stantibus* », autre chose une clause de résiliation qui n'a été insérée qu'en vue d'un groupe d'éventualités déterminées et

(1) *Suprà*, nº 128 ; RIPERT, note D. P. 1920.2.33 : « La clause permettant au vendeur de ne pas livrer à l'échéance ne doit par conséquent s'appliquer que si le vendeur a des motifs légitimes de ne pas livrer. Il appartient au juge de contrôler ces motifs. »

qu'il serait abusif de faire jouer discrétionnairement, à tout venant ; les droits contractuels, eux aussi et comme les droits conférés directement par la loi, ont une mission à remplir ; ils sont très ordinairement doués d'une finalité contre laquelle ils ne sauraient se rebeller sans engager, sous une forme ou sous une autre, la responsabilité de leur titulaire : le concept du juste motif commande à leur réalisation comme il conditionne l'exercice de presque tous les droits.

147. — *La promesse de mariage*. — A notre sentiment, ce concept devrait conditionner spécialement le droit qui appartient aux futurs époux de rompre le projet de mariage, chacun d'eux ayant la faculté de se désister mais assumant la responsabilité de la rupture lorsqu'elle est injustifiée (1).

Notre jurisprudence consacre bien ce régime juridique, mais elle y parvient par des procédés qui ne nous semblent pas à l'abri de la critique. Son système se résume essentiellement dans les deux propositions suivantes :

1° La promesse de mariage est sans valeur juridique : il n'en résulte pour les fiancés ni obligation civile, ni obligation naturelle, mais un simple devoir de conscience, de telle sorte qu'une demande en indemnité ne saurait être basée sur le seul fait de la rupture, laquelle constitue l'exercice pur et simple d'un droit incontestable ; il n'y a point place, ici, pour une responsabilité contractuelle.

2° Mais on conçoit la réalisation d'une responsabilité délictuelle basée sur la faute commise par l'auteur de la rupture et à son occasion, la faute consistant ici à se désister sans motif valable, sans motif légitime ; le fiancé délaissé dans de telles conditions trouve dans l'article 1382 du code civil une arme secourable : il obtiendra une indemnité à raison du dom-

(1) V. L. JOSSERAND, *Le problème juridique de la rupture des fiançailles* (D. H. 1927, *Chronique*, p. 21) ; F. GÉNY, *La protection juridique de la femme contre la séduction*, cours professé à la Semaine sociale de Nancy, 1927.

mage injustifié qui lui a été causé par des circonstances indépendantes de la rupture elle-même.

Ce n'est donc pas la rupture elle-même qui met en jeu une responsabilité contractuelle, mais ce sont les circonstances de cette rupture qui déclenchent une responsabilité délictuelle (1).

148. — Cette construction jurisprudentielle nous paraît bien fragile à raison de la contradiction dont elle est faite : de deux choses l'une, ou bien les fiançailles sont sans valeur juridique, et alors on ne distingue pas comment leur méconnaissance pourrait constituer une faute, en quoi elle pourrait être injustifiée; ou bien leur rupture est susceptible d'engager la responsabilité du fiancé qui en a pris l'initiative, et en ce cas, c'est donc qu'il était lié, c'est donc qu'elles avaient une valeur juridique. Nous ne croyons pas que ce dilemme comporte une issue quelconque : si les fiancés sont considérés comme des tiers, si aucun lien de droit ne les unit, on ne saurait faire grief à l'un d'eux de se refuser au mariage ; dire que les promesses qu'ils ont échangées ne sont qu'un simple fait, revient, comme le constate M. Gény, à émettre un sophisme, alors surtout que, d'autre part, la jurisprudence applique à ces promesses le système de preuve usité pour les contrats, exigeant, pour la production de témoignages ou de présomptions simples, un commencement de preuve par écrit (2).

En réalité, les fiancés ne sont pas assimilables à des tiers ; la promesse de mariage n'est pas complètement dépourvue de valeur juridique. La preuve s'en trouve dans le langage même

(1) V. sur cette jurisprudence relative à la rupture de la promesse de mariage : Req. 16 janv. 1877 (D. P. 1877.1.85, rapport Onofrio) ; Req. 12 nov. 1901 (D. P. 1902.1.46) ; Civ. 2 déc. 1907 (S. 1909.1.553, note Hémard) ; Req. 10 févr. 1909 (D. P. 1909.1.157, S. 1909.1.553, note Hémard) ; Civ. 2 mars 1926 (D. P. 1927.1.67, S. 1926.1.369) ; Civ. 1er mars 1938 (D. H. 1938.264) ; Lyon, 5 févr. 1913 (S. 1914.2.47) ; Trib. civ. Nantes, 11 févr. 1895 (*Gaz. Pal.* 1895.1.29) ; Riom, 12 juin 1934 (D. H. 1934.549) ; Paris, 23 oct. 1937 (S. 1938.2.46).

(2) V. F. Gény, *op. cit.*, p. 17 et 18.

des tribunaux et des cours d'appel qui évoquent « la violation de la foi promise », la « rupture de la promesse », « l'inexécution de la promesse (1) » ; et la Cour de cassation fait elle-même allusion à « l'engagement » qui résulte pour les fiancés de la promesse de mariage (2) ; elle va même jusqu'à qualifier cet engagement de « fait juridique » (3). C'est donc que cette promesse a la valeur d'un contrat synallagmatique (4).

Seulement ce contrat comporte, de par la volonté tacite des parties, la résiliation unilatérale : chacun des fiancés peut se rétracter ; ainsi l'exige le principe de la liberté du consentement en matière de mariage ; il ne faut pas que les intéressés soient enchaînés à l'avance par un consentement anticipé ; la situation doit être entière au moment où ils se présenteront devant l'officier de l'état civil. Chacun d'eux a la faculté de rompre à tout moment ; mais cette décision ne peut être prise impunément qu'à bon escient ; si elle est injustifiée, elle n'en demeure pas moins insurmontable, mais elle est susceptible d'engager la responsabilité de celui dont elle émane ; car alors elle est abusive, elle est contraire à l'esprit même de l'institution.

Nous croyons que cette construction juridique est bien supérieure à celle qui prévaut en jurisprudence : elle échappe au reproche de contradiction que nous avons adressé à cette dernière ; elle donne satisfaction, sans faire violence aux principes généraux du droit, aux exigences opposées de la liberté du mariage et de l'exercice légitime des droits ; et l'on peut même estimer qu'elle cadre, mieux que celle de la jurisprudence, avec le langage des décisions judiciaires où il est question, en pareille matière, des « justes motifs », des « motifs légitimes » (5) de rupture, expressions qui évoquent la notion

(1) Arrêt précité : Civ. 2 mars 1926.
(2) Arrêts précités du 2 déc. 1907 et du 10 févr. 1909.
(3) Mêmes arrêts.
(4) Telle était l'opinion des premiers interprètes de notre code civil, Toullier, Merlin, puis Zachariæ (*Droit civil*, § 457).
(5) V. l'arrêt précité Lyon, 5 févr. 1913.

de l'abus : dans la pensée des parties, la promesse de mariage est une convention synallagmatique dont chacun peut s'évader sauf à rendre compte des motifs de sa décision ; c'est une opération qui, à ce point de vue, appartient à la même famille que le louage de services à durée indéterminée et qui ouvre un nouveau champ d'application à la thèse de l'abus dans la résiliation des contrats (1).

§ 5. — Abus commis au cours de la période postcontractuelle.

149. — La période à laquelle nous donnons le qualificatif de *postcontractuelle* s'ouvre, non pas après la formation ni même l'exécution apparente, approximative du contrat, mais seulement après sa pleine consommation, après son épuisement ou même sa dissolution, soit par l'action du temps, soit par l'accomplissement de toutes les obligations, essentielles ou accessoires, immédiates ou différées, auxquelles il avait donné naissance : c'est, par exemple, un louage de services ou bien un louage de choses qui sont parvenus au terme de leur carrière, conformément à la volonté des parties ou de l'une d'elles, dans des conditions de correction absolue, de façon irréprochable, en sorte que la situation est définitivement liquidée et que le contrat, ayant pris fin par l'arrivée du terme ou par une déclaration unilatérale de volonté, ne laisse aucun arriéré obligatoire, aucune menace de responsabilité contractuelle derrière lui.

(1) La conception que nous préconisons (V. L. Josserand, *Le problème juridique de la rupture des fiançailles*, D. H. *Chronique*, 1927, p. 10) a été consacrée par le législateur suisse, dans le code civil fédéral : art. 90 « Les fiançailles se forment par la promesse de mariage. Elles n'obligent le fiancé mineur ou interdit que si le représentant légal y a consenti » et art. 92 : « Lorsqu'un des fiancés rompt les fiançailles sans de justes motifs... la partie en faute doit à l'autre... une indemnité équitable... » La notion du « motif légitime » a été évoquée, à propos des fiançailles et de leur rupture, par Demolombe qui approuve d'ailleurs le système jurisprudentiel. — Pour le droit comparé, V. la thèse de M. P. Colin, 1921 ; *adde*, Campion, *op. cit.*

C'est alors qu'il convient de rechercher si cet acte, bien qu'ayant accompli pleinement ses destinées, n'est pas susceptible de jouer encore un rôle sur la scène juridique, de se survivre en quelque sorte à lui-même et d'imposer à ceux qui furent jadis engagés dans des liens aujourd'hui dénoués, certains devoirs, actifs ou passifs, positifs ou négatifs.

Des devoirs positifs : ils consisteront, pour l'une des anciennes parties, à renouveler, sur la requête de l'autre, le contrat venu à expiration, à peine de commettre un abus, peut-être même un acte intrinsèquement illicite, un acte illégal.

Des devoirs négatifs : ils consisteront à s'abstenir de traiter dans telles ou telles conditions, avec telle ou telle autre personne, à peine de commettre une incorrection sanctionnée par une condamnation à des dommages-intérêts ou même par une astreinte.

S'il en était ainsi, si ces solutions devaient être reconnues exactes, c'est que les contrats laisseraient après eux, longtemps après leur disparition, un sillage favorable à la production de nouveaux rapports obligatoires : dépourvus désormais de valeur juridique intrinsèque, ils se survivraient en tant que simples faits susceptibles de devenir eux-mêmes le point de départ de nouvelles obligations : comment admettre, en effet, que tout doive se passer comme s'ils n'avaient jamais existé ? On ne peut pas faire qu'ils n'aient pas été conclus et qu'ils n'aient pas développé leurs effets pendant un temps plus ou moins long. Toute situation juridique laisse des survivances qui sont elles-mêmes des ferments de vie et ce n'est pas aisément qu'on peut passer l'éponge sur le passé contractuel, susceptible de postuler un avenir obscur et problématique : *to be or not to be*...

150. — Aussi a-t-on vu, dans le louage de services, un ouvrier jadis régulièrement congédié, pour cause de maladie, prétendre qu'il avait droit à sa réintégration dans les cadres de la compagnie de chemins de fer auxquels il avait appartenu

et dont il avait été rayé ; de telle sorte que la Cour de cassation a dû rappeler, à cette occasion, ces deux principes essentiels, d'abord qu'une conpagnie, « seule responsable de l'organisation de ses services, reste libre, par cela même, de congédier ses employés quand elle estime qu'ils n'ont plus les aptitudes exigées par leurs fonctions » ; puis que, le contrat de louage de services ayant pris fin par le congédiement de l'employé, la compagnie « ne pouvait être contrainte d'en contracter un nouveau contre son gré, ni, par suite, de rendre à son ancien employé les fonctions qu'il avait cessé de remplir (1) ». Ainsi se trouve écartée l'influence positive que l'on avait prétendu attribuer à l'ancien contrat et en faveur de l'établissement d'un nouveau lien obligatoire.

151.— Mais notre jurisprudence semble envisager différemment le côté négatif du problème et vouloir admettre volontiers que l'ancienne convention impose à ceux qui l'avaient conclue certains devoirs d'abstention dont il appartient aux tribunaux de fixer l'étendue.

La réalité de ces obligations négatives ne saurait être contestée lorsque les parties les avaient clairement énoncées, dans leur accord ; il arrive, en effet, que l'éventualité d'un établissement, de la part de l'employé et dans un certain rayon, ait été envisagée et écartée par la teneur de l'acte, en sorte qu'une obligation de ne pas faire incombe alors éventuellement au signataire, sans que l'ordre public en reçoive aucune atteinte. La légitimité et le caractère obligatoire de telles clauses sont admis par une jurisprudence bien établie qui n'excepte de cette règle libérale que les conventions impliquant, pour le promettant, une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire illimitée tout à la fois quant au temps et quant au lieu ; hors de là, et du moment que la défense est limitée à un lieu déterminé, comme aussi lorsque, s'étendant à tous les lieux, elle

(1) Civ. 18 juill. 1916 (D. P. 1916.1.286).

n'est établie que pour une certaine durée, elle ne présente pas un caractère abusif et elle sortira ses pleins effets (1).

Or, ce qu'aurait pu faire la volonté expresse des parties, les usages, les convenances, la bonne foi peuvent le réaliser également : l'employé congédié par son patron qui va porter à son concurrent direct le secours de son travail, de son habileté technique, de ses lumières, sera considéré comme commettant un acte illicite, soit qu'il ait abusé du droit contractuel, soit même, peut-être, qu'il en ait dépassé les limites objectives. Cette impression est corroborée par la lecture d'un arrêt de la Cour de cassation décidant que, si un principal clerc, congédié par un notaire, entre dans l'étude d'un autre notaire de la même ville, l'ancien patron ne commet pas d'abus en s'opposant à cette combinaison, du moins lorsque son opposition, exempte de tout esprit de malveillance, est inspirée par la seule défense de ses intérêts professionnels ; et que la chambre des notaires, en s'associant à cette attitude et en interdisant au second patron de conserver le transfuge, ne commet aucun excès de pouvoir, aucune faute susceptible d'engager sa responsabilité (2). C'est donc que le clerc congédié n'avait point toute latitude pour conclure un nouvel arrangement avec un autre notaire : sa liberté contractuelle était gênée par un obstacle qui, pour n'avoir pas été dénoncé dans le premier contrat, n'en était pas moins effectif, et qui n'était autre que ce premier contrat lui-même, dissous, résilié sans doute, mais qui, précisément parce qu'il est aujourd'hui

(1) V. *infrà*, nº 175 *bis*.

(2) Req. 26 févr. 1924 (D. P. 1927.1.21). On remarquera que cette décision est à double tranchant et qu'elle fait par deux fois appel à la notion de l'abus : dans l'espèce, l'opposant et la chambre des notaires n'avaient commis aucune faute, aucun abus, et c'était le clerc qui avait manqué au devoir professionnel ; mais il ressort de la teneur de l'arrêt que la situation eût été renversée si le premier notaire avait obéi dans son opposition à un sentiment répréhensible, s'il avait agi par malveillance et en vue de représailles ; alors, la conduite du clerc eût été correcte tandis que son ancien patron aurait commis un abus de droit.

résilié, a évidemment existé et dont il est impossible de faire abstraction : il est des morts qu'on ne peut pas tuer.

152. — Le *louage d'immeubles* a été, dans ces dernières années, l'occasion de conflits du même genre entre la liberté contractuelle et l'abus du droit de se refuser à renouer le lien dissous, conflits rendus infiniment plus fréquents et plus aigus par la crise que la catastrophe mondiale a déchaînée sur les logements : la pénurie des locaux, la rupture d'équilibre entre l'offre et la demande ont déclenché, de la part du législateur, une offensive interventionniste que l'on peut juger excessive et désordonnée, dont l'influence sur la moralité privée et publique a été assurément néfaste et se fera sentir pendant longtemps encore, dont l'origine ne fut pas toujours pure de toute basse démagogie ainsi que d'un sentiment de haine et d'envie à l'encontre de la classe possédante, mais qui était difficilement évitable, qui n'aurait pu être conjurée ou abrégée que par un développement intensif de la construction immobilière, lui-même rendu impossible par l'insuffisance et par le coût de la main-d'œuvre. Force était de parer au plus pressé, de prévenir, par des moyens injustes, immoraux et brutaux, une majoration, sinon excessive économiquement, du moins hors de toute prévision, des loyers urbains, et d'éviter les conflits aigus qui n'auraient pas manqué de surgir, sous le régime du droit commun, entre propriétaires et locataires ; on y parvint notamment au moyen d'un régime de prorogations qui permet au preneur de s'incruster dans les locaux loués pourvu qu'il satisfasse à de certaines conditions, et notamment, qu'il soit de bonne foi. Ce régime, qui a été institué, puis maintenu ou modifié par toute une série de lois (1), consacre, en somme, l'expropriation partielle du pro-

(1) Lois du 9 avr. 1918 ; du 4 janv. 1919 ; du 23 oct. 1919 ; du 2 avr. 1921 ; du 31 mars 1922 ; du 5 juill. 1923 ; du 29 déc. 1923 ; du 20 juill. 1924 ; du 2 août 1924 ; du 25 avr. 1925 ; du 6 juill. 1925 ; du 30 déc. 1925 ; du 1er avr. 1926 ; du 31 mars 1926 ; du 30 juin 1926 ; du 22 avr. 1927 ; du 9 juin 1927 ; du 21 juill. 1927 ; 27 mars 1928 ; 3 avr.

priétaire qui a perdu le droit d'administration de sa propre chose et qui tend à devenir une sorte de fonctionnaire à pouvoirs limités ; il consacre en même temps, et c'est le point qui nous intéresse plus particulièrement, une défaite de cette idée, considérée jusqu'à la dernière guerre comme une idée de simple bon sens, que lorsqu'un contrat est dissous, les parties sont maîtresses, l'une et l'autre, d'une situation désormais entière, et qu'elles ont toute liberté pour en rester là, ou bien, si elles se lient à nouveau, pour déterminer les conditions qui régiront le nouveau contrat et qui ne seront aucunement postulées par celles du contrat expiré.

153. — Les lois successives qui ont admis le bénéfice, d'une prorogation — devenue de plein droit (1) — au bénéfice de l'occupant (2), sont venues faire échec à ces principes traditionnels considérés jusqu'alors comme de simples truismes ; mais c'est surtout la loi du 30 juin 1926, modifiée par des lois du 22 avril 1927 et du 13 juillet 1933, improprement appelée, dans le langage courant, «loi sur la propriété commerciale (3)»,

1928 ; 28 mars 1929 ; 29 juin 1929 ; 16 avr. 1930 ; 11 juill. 1931 ; 10 mars 1932 ; 8 avr. 1933 ; 12 juill. 1933 ; 30 juin 1935 ; décret-lois 16 juill. et 8 août 1935 ; 30 oct. 1935 ; loi 30 juin 1937 ; décret-loi 25 août 1937 ; loi 31 déc. 1937. — V. sur ce droit des prorogations, en France et à l'étranger. G. AUBÉRY, *Le droit de prorogation en matière de baux à loyer*, 2 vol., 1923 ; *Le bulletin du centre de documentation sociale de Lyon*, t. I, année 1925 ; DAMEZ et SAUZAY, *Le nouveau statut des baux à loyer* ; et, des mêmes auteurs, *La propriété commerciale*, 1926 ; ROPERS, *Traité pratique des baux à loyer et à ferme*, 2e éd. 1934 ; CH. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2e éd. pubiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. XI, *La vente et le louage des choses*, par J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, nos 550 et s.

(1) Lois du 30 déc. 1925 et du 1er avr. 1926.

(2) On sait que le droit à la prorogation reconnu au preneur peut être, dans de certaines conditions, paralysé par le droit de reprise du bailleur (L. 1er avr. 1926, art. 5). Or, cette dernière prérogative est elle-même limitée, dans sa réalisation, par le concept de l'abus : elle ne doit pas être détournée de sa destination, et, par exemple, elle ne saurait devenir, pour le propriétaire, un moyen d'exercer une pression sur la volonté du preneur en vue de lui imposer un prix de loyer supérieur au taux légal. Tr. civ. Seine, 6 janv. 1927 (D. H. 1927, 76).

(3) Cette loi est dénommée officiellement : « Loi réglant les rapports entre locataires et bailleurs en ce qui concerne le renouvellement de baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel. » V. TRASBOT, *La propriété commerciale, Annales de droit com-*

qui présente, à notre point de vue, un particulier intérêt, par les limitations qu'elle est venue apporter au droit élémentaire de ne pas renouveler un contrat venu à expiration. On sait que, d'après la législation nouvelle, le preneur qui occupe des locaux à usage industriel ou commercial, peut, dans un certain délai (1), notifier au bailleur une demande de renouvellement par acte extra-judiciaire. Cette requête n'aboutit pas nécessairement ; le propriétaire reste, dans quelque mesure encore, maître chez lui ; c'est lui qui aura le dernier mot (2). Mais il peut lui en coûter cher : s'il refuse tout net le renouvellement demandé, il doit servir au preneur évincé « une indemnité égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement (3) » ; ceci à moins cependant qu'il ne puisse alléguer, à l'encontre du locataire sortant des motifs « jugés graves et légitimes (4) », ou à moins qu'il ne se propose d'user du droit de reprise qui lui a été reconnu par la loi dans des limites d'exercice soigneusement établies (5), notamment s'il se propose d'occuper l'immeuble lui-même, ou de le faire occuper par son conjoint, ses descendants, ses ascendants ou leurs conjoints, ou s'il a en vue la reconstruction de la maison. Mais sa responsabilité serait engagée s'il obéit à la rancune, à l'animosité (6), comme s'il se propose de faire pression sur le preneur afin de lui imposer une majoration illicite du loyer (7), ou en vue de s'attribuer le bénéfice de travaux exécutés par le locataire dans les lieux loués (8).

Si, au contraire, il est acquis au principe du renouvellement

mercial, 1926, p. 121 ; BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *op. cit.* dans le *Cours de droit civil* de CH. BEUDANT, t. XI, nos 573 et s. ; LOUIS ROPERS, *Traité pratique des baux à loyer et à ferme*, 1934, nos 185 et s.

(1) Ce délai est au maximum de deux ans, au minimum de dix-huit mois avant l'expiration du bail, art. 2 de la loi.

(2) V. Paris, 23 nov. 1926 (D. P. 1926.2.161, note TRASBOT).

(3) L. du 30 juin 1926, art. 4, al. 1.

(4) *Ibid.*

(5) Même loi, art. 5.

(6) Comm. sup. loyers, 4 mai 1933 (*Gaz. Pal.* 1933.2.206).

(7) Comm. sup., 3 juin 1929 (*Gaz. Pal.* 1930.2.816).

(8) Comm. sup., 15 nov. 1928 (D. H. 1929.22).

mais que des difficultés s'élèvent avec sa contre-partie au sujet des conditions auxquelles sera conclu le nouveau bail, le cas sera soumis, d'abord à des arbitres, puis, si ceux-ci n'arrivent pas à se mettre d'accord, au président du tribunal qui rendra une ordonnance, motivée et susceptible d'appel, dans laquelle seront fixées les conditions litigieuses et en exécution de laquelle le nouveau bail devra être rédigé dans un délai d'un mois à compter de la signification de la décision définitive (1).

154. — On voit à quel point le droit contractuel se trouve ainsi pénétré d'interventionnisme juridique : entre les parties vient s'interposer la volonté du législateur, ou des arbitres ou du juge. Mais surtout, et c'est la particularité qui s'impose plus spécialement à notre attention, la thèse de l'abus reçoit une nouvelle et importante consécration : le législateur du 30 juin 1926, puis celui du 22 avril 1927 et du 13 juillet 1933 (V. aussi la loi du 31 mars 1938) ont considéré que le droit de se refuser au renouvellement du bail commercial ne devait pas être considéré comme un droit souverain, mais bien comme un droit relatif ; qu'il était susceptible d'abus, du moment que l'exercice n'en était pas appuyé sur des motifs légitimes (2) et que la responsabilité du titulaire était alors engagée dans une large mesure, jusqu'à concurrence du préjudice causé an preneur évincé par l'éviction qui lui est imposée : sanction purement pécuniaire sans doute — on n'a pas osé aller jusqu'à la sanction en nature, c'est-à-dire, jusqu'au maintien de l'occupant, qui aurait consacré l'expropriation du bailleur — mais sanction effective et nettement caractéristique de la relativité de cet attribut de la personnalité jusqu'alors

(1) Même loi, art. 3.

(2) M. TRASBOT (*Annales de droit commercial*, 1926, p. 135) comme MM. DAMEZ et SAUZAY expliquent les dispositions de la loi du 30 juin 1926 en faisant appel à la notion de l'abus (*La propriété commerciale*, p. 19 et 20). — Sur la détermination des motifs graves et légitimes, exclusifs de l'abus, V. TRASBOT, *op. cit., loc. cit.*

considéré comme intangible : le droit de ne pas contracter, plus précisément le droit de ne pas renouveler un contrat qui a accompli les destinées prévues par les parties.

Et surtout, il est caractéristique que toute cette législation de 1926-1933 soit comme imprégnée de la notion d'abus, et, plus spécialement, de sa pierre de touche, le défaut de motif légitime, d'intérêt légitime : le propriétaire qui se refuse au renouvellement du bail doit servir à son ancien locataire une indemnité d'éviction, à moins cependant qu'il n'invoque, à l'appui de son refus, des *motifs jugés graves et légitimes* (1) ; allègue-t-il qu'il occupera l'immeuble ? Son occupation devra être de cinq ans au moins, *sauf en cas de motif légitime* (2). Le locataire a-t-il obtenu le renouvellement ? Il ne pourra céder son droit au bail que dans certaines éventualités, *sauf motif légitime* (3) ; on peut affirmer que le motif légitime, et par conséquent l'abus du droit dont il constitue l'antidote, sont à la base de la législation qui réglemente la prétendue propriété commerciale (4).

(1) L. 30 juin 1926, art. 4 § 1.
(2) Même loi, art. 5 § 4.
(3) Même loi, art. 9 § 1. — V. aussi l'art. 3 § 12 qui se réfère aux conditions proposées par le propriétaire ou par le locataire *dans un intérêt légitime*.
(4) V. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *op. cit.*, n° 574.

CHAPITRE VI

LES LIBERTÉS INDIVIDUELLES ET CORPORATIVES

---

155. — Les libertés que nous nous proposons de soumettre à l'épreuve de cette pierre de touche sociale que constitue le concept de l'abus, sont parmi les plus nécessaires qui florissent dans notre société moderne, les unes individuelles, comme la liberté de la pensée et la liberté du commerce, les autres corporatives, comme le droit de coalition, ouvrière ou patronale, et le droit d'association ; nous allons constater qu'elles ne sont point absolues et que les limites objectives qui leur ont été tracées par le législateur se doublent d'une compression d'ordre fonctionnel et finaliste qui s'oppose à ce qu'elles dégénèrent en licences : pour elles, comme pour les différents droits dans lesquels elles se concrétisent, l'usage licite finit là où commence l'abus, c'est-à-dire avec le détournement de l'institution par rapport à l'esprit dans lequel elle doit régulièrement fonctionner.

Section I.

Les libertés individuelles.

156. — Nous rangeons et nous étudions sous cette rubrique la liberté de la pensée et la liberté du commerce, envisagées l'une et l'autre sous leur forme la plus générale ainsi

que dans les différentes prérogatives qui en constituent les manifestations concrètes et les sanctions.

§ 1. — La liberté de la pensée.

157. — Cette liberté, entendue dans sa grande généralité, est une des conquêtes des temps modernes auxquelles nous sommes le plus attachés et dont l'obscurcissement nous serait tout spécialement pénible ; nous estimons, en effet, depuis un siècle et demi, et conformément à la formule insérée dans la Déclaration des droits de l'homme, que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement (1)... » Le droit d'exprimer des idées nous apparaît comme un droit naturel, inhérent à la personnalité humaine ; ayant une pensée qui constitue la plus haute émanation de notre être, et en qui réside « toute notre dignité » (2), nous avons par là même le droit de l'extérioriser par la parole, par la plume, par le journal, par le livre, etc.

158. — Cependant ce droit lui-même, malgré sa noble origine et sa haute valeur sociale, ne saurait être compris, ni surtout pratiqué de façon absolue et unilatérale ; précisément parce qu'il est naturel et sacré, parce qu'il doit donc appartenir à tous, il se heurte, dans son application, à d'autres attributs, également essentiels, de la personnalité humaine, à la dignité, à l'inviolabilité de l'individu et de la famille ; comme les autres droits, et plus que nombre d'entre eux, il constitue une arme à plusieurs tranchants, dont le maniement, dangereux pour autrui et qui exige un certain esprit

(1) *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, art. 11.

(2) Pascal, *Pensées*, n° 347 : « Toute notre dignité consiste donc en la pensée. C'est de là qu'il faut nous relever et non de l'espace et de la durée, que nous ne saurions remplir. Travaillons donc à bien penser ; voilà le principe de la morale. »

et de certaines précautions, doit se réaliser dans la ligne de l'institution, socialement, *civiliter* ; sinon, et du moment que cette liberté, à la fois bienfaisante et redoutable — n'est-elle pas, comme la langue d'Esope, capable de réaliser tout le bien et tout le mal ? — est mise au service de fins illégitimes, elle est transformée en licence ; l'exercice du droit fait place à l'abus et la responsabilité de l'agent sera donc engagée du fait et jusqu'à concurrence du préjudice indûment causé à autrui. Vérité tellement nécessaire qu'on la trouve proclamée dans la Déclaration même des droits de l'homme, cependant imbue d'un esprit si profondément individualiste (1) ; l'article 11, après avoir posé en principe que « tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement », ajoute aussitôt cette réserve essentielle : « sauf à répondre de l'*abus de cette liberté* dans les cas déterminés par la loi ».

Cette notion de l'abus de la liberté de la pensée, ainsi accueillie solennellement par les auteurs de la Déclaration, a été maintenue et précisée dans notre droit positif par les soins de la doctrine et surtout par ceux de la jurisprudence ; tout un système s'est édifié à cette occasion dont nous allons tenter de rendre compte pour les différentes manifestations de la liberté de la pensée — liberté de la presse ou de la tribune, critique littéraire, artistique, dramatique ou politique — et en distinguant :

1° Les paroles ou les écrits qui ont un caractère délictueux (injures ou diffamation) ;

2° Les paroles ou les écrits qui, sans tomber sous le coup de la législation répressive, ont cependant causé un préjudice à autrui ;

3° Le droit de réponse.

159. — I. — *Paroles ou écrits qui présentent un caractère délictueux* : injures ou diffamations.

(1) *Suprà*, n° 4.

L'article 29 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 définit ainsi les délits de diffamation et d'injure :

« Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. — Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure. »

A lire ce texte, on pourrait croire que les délits qu'il définit sont constitués indépendamment de l'intention de nuire à la victime et, par conséquent, qu'ils sont ou qu'ils peuvent être extérieurs à l'atmosphère de l'abus, car aucun élément d'ordre subjectif n'y apparaît, au moins du côté de l'agent : l'allégation, l'imputation ou l'expression auxquelles il a eu recours semblent avoir été envisagées par le législateur de façon intrinsèque et objective, en dehors de tout apport d'ordre psychologique.

Mais la vérité pratique est tout autre : infractions intentionnelles, la diffamation et l'injure sont exclusives de la bonne foi ; elles ne sauraient exister en dehors de l'intention de nuire, d'un exercice véritablement abusif de la liberté de parler ou d'écrire ; une jurisprudence constante est fixée dès l'origine en ce sens, sous le bénéfice de cette particularité que la seule conscience du préjudice causé à la victime fait présumer, chez l'agent, l'intention de nuire (1), étant d'ailleurs entendu qu'il s'agit là, non point d'une présomption légale, mais seulement d'une présomption de l'homme qui peut être combattue par la preuve contraire (2). Réserve faite de cette règle technique

(1) V. par exemple : Crim. 3 août 1901 (D. P. 1903.1.133) ; 30 déc. 1904 (D. P. 1906.1.361, note Le Poitevin) ; Req. 24 avr. 1914 (D. P. 1918.1.96) ; Crim. 24 janv. 1920 (D. P. 1920.1.48) : « Les imputations diffamatoires sont réputées de droit faites avec l'intention de nuire... » ; Crim. 28 déc. 1933, motifs (S. 1934.1.105). Cette jurisprudence doit être rapprochée de celle qui, en matière d'action paulienne, déduit, chez le débiteur, le *consilium fraudis*, de la conscience qu'il avait de déterminer ou d'aggraver son insolvabilité en accomplissant l'acte incriminé. V. *suprà*, nº 106.

(2) Req. 8 févr. 1909 (D. P. 1909.2.304) ; Crim. 21 juill. 1910 (D. P. 1911.5.60) ; Req. 24 avr. 1914, précité ; Crim. 28 janv. 1916 (D. P.

qui ne touche pas au fond du droit, il est admis sans difficulté, en doctrine comme en jurisprudence, que la diffamation et l'injure sont, à l'instar de la presque totalité des délits du droit pénal, des infractions d'ordre intentionnel dans la constitution desquelles la moralité de l'agent joue un rôle décisif (1).

160. — Il arrive même que l'intention de nuire, envisagée sous son aspect générique, ne suffise pas à la production du délit : lorsque la diffamation ou l'injure ont été dirigées contre la mémoire des morts, les sanctions pénales ne deviennent applicables qu'autant que l'auteur aurait voulu « porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers vivants (2) » ; la loi, particulièrement exigeante et désireuse de sauvegarder les franchises de l'histoire, ne retient qu'une intention de nuire concentrée sur les héritiers vivants, en quelque sorte spécialisée, et qui d'ailleurs ne saurait être présumée : c'est aux héritiers qu'il appartiendra de prouver, chez l'écrivain, cette intention particulière, cette volonté de les atteindre par ricochet et au moyen d'un tir indirect.

De toute façon donc, la constitution des délits de diffamation ou d'injure implique que l'agent a fait, de la liberté de parler ou d'écrire, un usage abusif, dans le sens où nous prenons habituellement ces expressions : c'est seulement s'il a détourné cette liberté de sa fonction sociale et, plus précisément, s'il a agi avec mauvaise foi et dans l'intention de nuire que sa responsabilité pénale pourra être engagée.

Cette constatation n'a guère qu'une importance purement théorique pour des sanctions répressives dont le domaine d'application et les conditions d'existence sont fixés par la

1920.1.95). La présomption prévue au texte ne saurait d'ailleurs être détruite par la seule affirmation contraire du juge du fait (Crim. 24 janv. 1920, précité).

(1) Req. 8 févr. 1909 (D. P. 1909.1.535) ; 24 avr. 1914 précité ; Paris, 24 juin 1925 (D. H. 1925.634) ; — V. GOYET, *Précis de droit pénal spécial*, 2e éd., p. 299 et 300.

(2) L. 29 juill. 1881, art. 34.

loi ; il importait seulement d'observer que notre jurisprudence, lorsqu'elle fait appel à l'intention de nuire que le législateur de 1881 avait laissée dans l'ombre, garde fidèlement le contact avec le concept général de l'abus des droits qui trouve ici, grâce à elle, une exacte et équitable application.

Mais c'est pour les écarts de parole ou de plume ne tombant pas sous le coup de la loi répressive que ce concept joue un rôle de premier plan, car c'est alors lui, et lui seul, qui permet véritablement de donner satisfaction à la victime et de sanctionner civilement des actes répréhensibles, de nature à jeter le trouble dans les rapports sociaux et qui échappent cependant à l'emprise de la loi pénale.

161. — II. — *Paroles ou écrits qui ne tombent pas sous le coup de la loi répressive*. — On pourrait croire que de telles manifestations de la pensée, du moment qu'elles ne sont pas prévues et réprimées par la loi pénale, ne sont pas susceptibles d'engager jamais la responsabilité de leur auteur. Ce serait cependant là une hérésie certaine : en instituant les délits de la presse, le législateur du 29 juillet 1881 n'a nullement entendu faire échec aux principes généraux de la responsabilité, mais il a laissé aux articles 1382 et suivants du code civil toute leur autorité et tout leur vaste domaine d'application. Or, on sait que ces dispositions constituent, pour la jurisprudence et pour la majorité des auteurs, comme le principal siège législatif de la thèse de l'abus, et il n'existe aucune raison, décisive ou simplement spécieuse, de faire à la liberté de la pensée un traitement exceptionnel en considérant comme souveraines et absolues les prérogatives qui y sont attachées ; si une telle liberté est particulièrement précieuse et véritablement sacrée, elle n'en est pas moins périlleuse ; et surtout, elle est fonction d'un intérêt social contre lequel elle ne doit pas pouvoir se rebeller, à peine de sortir de l'esprit de l'institution et de devenir abusive, donc génératrice de responsabilité.

Si l'accord est unanime sur le principe, les difficultés appa-

raissent dans l'application, difficultés de fait d'ailleurs, bien plutôt que controverses juridiques, mais difficultés de fait qui sont sous la dépendance d'un problème plus haut et plus général, d'ordre juridique celui-là : quel est le rôle social, la destination des différents droits qui ressortissent à la liberté de la pensée ? Quel est l'esprit de l'institution ? Quand pourra-t-on affirmer que l'auteur des propos ou des écrits a détourné ses prérogatives de leur destination sociale et qu'il a donc commis un abus susceptible d'engager sa responsabilité envers la victime ?

162. — Aucun doute n'est possible pour les hypothèses extrêmes, ni pour les interventions s'expliquant exclusivement par la poursuite d'un but social et désintéressé, lesquelles sont parfaitement légitimes et assurent, à celui qui les prend, toute impunité, ni, à l'inverse, pour les propos ou les écrits tenus ou inspirés avec la préoccupation, exclusive ou dominante, de nuire à la personne visée, lesquels tombent sous le coup de l'article 1382 du code civil et peuvent donc servir de base à une action en dommages-intérêts. Comme exemple d'intervention désintéressée, on peut citer celle des dirigeants d'une Ligue pour le relèvement de la moralité publique qui ont fait apposer sur les murs d'une ville une affiche de protestation contre l'organisation d'un spectacle licencieux : le directeur de l'entreprise visée n'aura pas droit à des dommages-intérêts à raison du préjudice que lui fait éprouver cette réclame à rebours ; les signataires des affiches, parce qu'ils ont agi dans un but désintéressé, parce qu'ils se sont constitués les champions des bonnes mœurs, échappent à toute responsabilité (1). A l'inverse, et comme exemple d'initiative à base nocive, on peut citer celle du journaliste qui exhorte le public à boycotter un commerçant, à ne plus se servir dans son magasin. Bien que l'inspirateur de cette campagne n'ait commis ni injure, ni diffamation et qu'il ne tombe

(1) Lyon, 9 déc. 1904 (*Mon. judic.*, 24 déc.).

donc pas sous le coup des sanctions pénales instituées par la loi du 29 juillet 1887, sa responsabilité pourra cependant être engagée vis-à-vis de sa victime en vertu de l'article 1382 du Code civil parce qu'il a été mû principalement, sinon exclusivement, par le désir de nuire, c'est-à-dire par un mobile toujours et nécessairement antisocial, donc abusif (1).

163. — L'opposition que nous venons d'établir entre les deux cas-limites n'est évidemment pas toujours aussi tranchée ; il arrive fréquemment qu'elle s'estompe au point de soulever des difficultés qui, comme nous l'avons précédemment noté, sont du domaine des faits bien plutôt que de celui du droit, l'auteur des propos ou des écrits dommageables prétendant abriter sa responsabilité derrière un prétendu idéal, comme derrière un bouclier, alors que sa victime dénonce chez lui l'intention de nuire qui, à son avis, aurait joué, dans l'élaboration de l'acte, un rôle prédominant, sinon exclusif. Ce mélange de préoccupations altruistes et du désir de nuire et ces difficultés éprouvées par nos tribunaux à colorer l'acte qui leur est déféré, se retrouvent fréquemment dans les espèces qui confinent à la politique (2) ou à la religion, par exemple dans l'affaire de l'organiste de l'église Saint-Paul, à Lyon (3), ou dans celle, infiniment plus grave et plus retentissante des associations d'instituteurs contre le cardinal Luçon (4), affaires dans lesquelles les mobiles désintéressés voisinaient ou prétendaient voisiner avec le désir, chez les

(1) Req. 8 mai 1876 (D. P. 1876.1.259).

(2) Notre jurisprudence n'admet pas facilement que la responsabilité d'un journaliste ou d'un orateur soit engagée en période électorale et à raison d'une polémique d'ordre politique, et cela parce qu'elle considère le plus souvent que les attaques ont été déterminées par le désir, chez leur auteur, de faire connaître au corps électoral le candidat qui sollicite ses suffrages, plutôt que par la pensée de nuire directement et personnellement à ce candidat : la lutte politique devient, pour les propos et les articles échangés, à son occasion, un cadre justificatif. V. Rennes, 2 févr. 1925 (D. H. 1925.277).

(3) Lyon, 10 juill. 1896 (D. P. 1896.2.496).

(4) V. la série des décisions dans S. 1912.2.1, et surtout l'arrêt de la cour d'Orléans, du 10 déc. 1913 (S. 1914.2.97, note CHAVEGRIN).

auteurs des articles ou des propos, de nuire à la personne ou à la corporation visées ; si la cour de Lyon, dans le premier cas, la cour d'Orléans dans le deuxième, ont prononcé des condamnations à des dommages-intérêts contre l'agresseur (1), c'est parce que ces juridictions ont estimé que, par derrière les mobiles désintéressés que celui-ci mettait en avant pour justifier son intervention, se dissimulait une volonté de nuire, déterminante et incompatible avec la fonction sociale de la liberté de la presse ou de la liberté de la parole. Une faute avait donc été commise, qui revêtait l'aspect d'un détournement, d'un abus du droit d'écrire ou de parler, et qui tombait sous le coup de l'article 1382 du code civil.

164. — Nous avons supposé jusqu'à présent que la faute commise consistait dans l'utilisation de la liberté de la plume ou de la parole en vue de nuire à autrui ; en ce faisant, nous avons envisagé le cas normal mais sans entendre lui subordonner la théorie tout entière. On conçoit parfaitement, en effet, que l'écrivain ou l'orateur abusent de leurs droits indépendamment de toute malignité, de toute volonté nocive et alors qu'ils n'ont en vue que la poursuite de leurs seuls intérêts personnels. Le droit de critique, notamment, n'est pas un de ces droits à fondement égoïste qui, tel le droit de propriété, tendent à la satisfaction des intérêts du titulaire ; c'est un droit collectif par son ressort et par son but, un droit à fondement altruiste, qui ne doit être exercé qu'à bon escient et dont les ravages ne sont pas toujours couverts et légitimés par l'intérêt personnel : comme le constate la cour de Lyon, dans un arrêt précité, « l'article 1382 du code civil atteint tous les faits dommageables qui sont de nature à porter at-

(1) L'arrêt de la cour d'Orléans fut censuré par la Cour de cassation, mais seulement à raison du défaut de qualité chez une association d'instituteurs pour ester en justice en vue de défendre la considération de la profession ; la Cour suprême, ne retenant que ce moyen technique, n'a pas eu à prendre parti sur la question examinée au texte et qui constituait le fond même du débat : Ch. réunies, 15 juin 1923 (D. P. 1924.1.153, note ROLLAND).

teinte au droit d'autrui, sans qu'il soit nécessaire qu'ils aient été commis avec intention de nuire (1) ».

La cour de Grenoble a eu l'occasion de mettre en œuvre cette directive à propos d'un droit qui confine à l'extériorisation de la pensée, celui de reproduire, par le dessin ou la photographie, la vue d'un bâtiment ou d'un site, objets d'une appropriation privée : à supposer qu'un tel droit existe et qu'il puisse être exercé, ce qui est au moins douteux, à l'encontre de la volonté du propriétaire ou du locataire, ne va-t-il pas trouver une limite subjective dans la notion de l'abus ? Ne faut-il pas décider qu'il ne saurait être exercé qu'à bon escient et conformément à son essence sociale ? Certes, il n'est pas contestable que l'intention de nuire, si elle existe et si elle est établie, en vicie l'utilisation et que le propriétaire, victime d'une machination, pourra faire jouer la responsabilité du coupable. Mais la cour de Grenoble, allant plus loin dans la voie de la limitation, a considéré que l'opérateur indiscret pouvait encourir une condamnation à des dommages-intérêts, alors même qu'il aurait été guidé, en dehors de toute volonté nocive, par la recherche d'un bénéfice et de telle façon que les intérêts légitimes du propriétaire ou du locataire en fussent atteints de façon certaine : la reproduction et la publication effectuées dans de telles conditions, doivent être interdites comme étant « abusives (2) ».

165. — Nous pouvons donc considérer comme acquis, en jurisprudence :

1° Que la liberté d'extérioriser sa pensée, envisagée dans sa teneur la plus compréhensive, est toujours susceptible d'abus, alors même que les actes incriminés ne tomberaient pas sous le coup de la loi pénale ;

2° Que cette liberté, ainsi que les différentes prérogatives qui en constituent l'affirmation, ont un ressort, non pas

(1) Lyon, 10 juill. 1896.
(2) Grenoble, 15 juill. 1919 (D. P. 1920.2.9, note ROUAST).

égoïste, mais altruiste, tout au moins fonctionnel, en sorte que l'abus est constitué ici, non seulement par l'intention de nuire et conformément à la règle traditionnelle *malitiis non est indulgendum*, mais aussi par la recherche d'un intérêt purement individuel, du moins lorsque cette recherche a été la cause efficiente d'un dommage causé à autrui.

166. — III. — *Le droit de réponse.* — Voilà encore une prérogative nécessaire et sacrée qui a été établie par le législateur sous une forme aussi compréhensive que possible.

Aux termes des articles 13 et 34 de la loi du 29 juillet 1881, modifiés par celle du 29 septembre 1919, toute personne nommée ou désignée dans un journal ou écrit périodique a le droit d'adresser une réponse que le gérant est tenu d'insérer gratuitement dans des conditions de délai et d'étendue soigneusement fixées par les textes.

Ce droit constitue une précieuse et indispensable garantie de la liberté individuelle, de la dignité humaine, de la sûreté sociale ; il est la contre-partie, le contre-poids de la liberté de la presse à laquelle il apporte un frein indispensable ; là où l'attaque est légalement possible, la réponse doit l'être aussi ; elle n'est qu'une application spécialisée de la légitime défense. Ainsi l'entendent du moins la plupart des auteurs et des juridictions qui reconnaissent donc à cette prérogative un caractère d'ordre public en y voyant une mesure de protection pour les individus et contre cette puissance devenue si redoutable et presque infinie : la Presse.

Aussi nos tribunaux et la Cour de cassation elle-même reconnaissent-ils au droit de réponse une intensité maxima : ils ne distinguent, pour son exercice, ni d'après la nature des allégations incluses dans le journal ou dans la revue, ni selon l'ordre d'idées dans lequel se mouvait l'écrivain, ni suivant le procédé de désignation, d'identification de la victime, ni enfin eu égard à la personnalité de celle-ci. Peu importe, en effet, que les allégations aient un caractère agressif, ou neutre,

ou même élogieux ; qu'elles ressortissent à la critique la plus légitime et la plus nécessaire, littéraire, scientifique, artistique, dramatique (1) ; que l'auteur ait nommé un contradicteur ou qu'il ait procédé par simple allusion ou par insinuation ; que l'article incriminé vise des vivants ou des disparus (2), toujours et partout la riposte est de droit, pourvu que celui dont elle émane se conforme à certaines prescriptions réglementaires, notamment quant aux dimensions de son propre texte, prescriptions qui ont pour but de limiter objectivement l'exercice de son droit de légitime défense.

Dans ces conditions, le droit de réponse apparaît comme un droit absolu, souverain, non causé, qui puise sa justification dans la parution de l'article incriminé et sans qu'il soit besoin de remonter jusqu'aux mobiles qui l'ont mis en action, sans même qu'on soit autorisé à le faire ; la notion de l'abus serait donc ici sans application, l'auteur de la riposte pouvant invariablement dire : *feci sed jure feci*.

Et c'est bien sous cet aspect que notre jurisprudence dominante envisage cette prérogative privilégiée : la grande majorité des décisions intervenues admettent le caractère général, absolu et abstrait du droit de réponse (3).

(1) Il suffit, pour justifier la proposition énoncée au texte, d'évoquer le souvenir de deux procès demeur és célèbres, l'affaire Dubout-Brunetière, à propos de *Frédégonde* (Crim. 17 juin 1898, D. P. 1899. 1.289, note Jean APPLETON) et l'affaire Silvain-Doumic à propos des *Perses* (Civ. 21 mai 1924, D. P. 1924.1.97, note L. JOSSERAND ; — LÉOUZON LE DUC, *Le droit de réponse*, 1923).

(2) Sur ce point des difficultés s'étaient élevées (Crim. 10 mai 1900, D. P. 1901.1.137, note L. JOSSERAND) ; elles ont été tranchées, dans le sens indiqué au texte, par la loi du 29 sept. 1919 qui a modifié l'art. 34 de la loi du 29 juill. 1881 afin de donner au droit de réponse un domaine aussi vaste que possible et sans distinguer selon que l'écrivain avait eu ou non l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers.

(3) V. l'arrêt précité de la chambre civile du 21 mai 1924, avec la note dont il est accompagné dans le *Recueil périodique* de la *Jurisprudence générale Dalloz* ; Crim. 28 avr. 1932 (D. H. 1932.333 ; S. 1932.1. 234) ; 15 déc. 1934 (D. P. 1935.1.27, note M. NAST) ; 2 févr. 1938 (D. H. 1938.245) ; 10 mars 1938 (D. H. 1938. 341). Suivant la formule contenue dans ce dernier arrêt, « l'insertion ne peut être refusée qu'autant que la réponse est contraire aux lois, aux bonnes mœurs, l'intérêt légitime des tiers ou à l'honneur du journaliste ».

167. — Nous avons des doutes sérieux sur la solidité de cette position jurisprudentielle ; si on se reporte aux décisions qui l'adoptent ainsi qu'aux articles ou aux notes qui l'approuvent, on constate que l'absolutisme du droit de réponse est étayé sur trois ordres d'arguments tirés du texte législatif, des travaux préparatoires et de la nature même du droit de réponse, de la mission qui lui est dévolue.

Nous ne pensons pas qu'aucun de ces arguments soit entraînant :

1° L'argument de texte est puisé dans l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 qui consacre l'existence du droit de réponse en des termes absolus, faisant obstacle à toute restriction, à toute réticence. Mais n'en pourrait-on dire autant du droit de propriété dont l'article 744 du code civil donne la définition rigide bien connue, ou du droit de faire appel d'une décision judiciaire rendue en premier ressort que la loi concède sans réserve ? Et cependant, nous le savons, la jurisprudence admet constamment que ces prérogatives, définies et instituées en des termes sans réplique, ne peuvent pas être exercées à tout venant, indistinctement, mais qu'elles obéissent à une finalité que leurs titulaires ne sauraient méconnaître sans commettre un abus de droit : on ne voit pas pourquoi la même formule rigide formerait, pour le droit de réponse, un obstacle infranchissable à l'intrusion du concept de l'abus, alors qu'elle laisse filtrer ce même concept dans le champ de la propriété foncière et des voies légales.

2° Il est vrai que les travaux préparatoires des différentes lois qui, depuis 1822, ont consacré et réglementé le droit de réponse, lui donnent volontiers un caractère intégral et implacable ; mais, outre que ces documents perdent de leur autorité à mesure que vieillit la loi à laquelle ils se réfèrent, l'interprète ne devant pas, suivant la formule si heureuse du premier président Ballot-Beaupré (1), s'obstiner à rechercher

(1) *Le centenaire du code civil*, Imp. nation., 1904, p. 27.

quelle a été, il y a cent ans, la pensée du législateur, il est permis de penser que les travaux préparatoires dont on entend faire état ne sont pas aussi favorables qu'on le croit volontiers au caractère rigide et absolu du droit de réponse ; car, ce qu'on a voulu, c'est permettre à l'honnête homme de « repousser *l'outrage* par les mêmes armes » et dissiper les doutes dans l'esprit des lecteurs de l'article (*dont il se sentira blessé*), toutes formules qui font nettement ressortir que le législateur a voulu venir au secours d'une victime en lui assurant un bouclier pour repousser une attaque et non point une tribune pour se livrer à une discussion académique (1).

Et surtout — c'est une observation qui vise spécialement la critique littéraire, artistique ou dramatique — on n'a point entendu permettre à toute personne visée, même indirectement, dans un article, d'imposer sa prose au journal ou à la revue dans lesquels cet article a paru, ce qui eût été conférer au premier *quidam* venu, un véritable *droit de collaboration gratuite et obligatoire*, au détriment des directeurs et des lecteurs d'une publication dont les colonnes pourraient être ainsi envahies par une prose médiocre, saugrenue ou ridicule. Car, qu'on le remarque bien, derrière le problème que nous examinons ici, ce sont les droits de la propriété littéraire elle-même qui sont en question ; il s'agit de savoir si le directeur d'un journal ou d'une revue pourra être exproprié, sans indemnité, d'une partie de la publication dont il fait les frais, et cela par la grâce de quiconque croira avoir été visé, fût-ce d'un seul mot, fût-ce à mots couverts ou en termes élogieux ; une telle perspective serait assurément de nature à rendre l'écrivain très prudent, voire même trop prudent, car il n'oserait plus extérioriser sa véritable pensée, dans la crainte de déclencher une réaction inopportune et coûteuse. Ainsi se trouveraient compromis, avec les droits de la critique, les intérêts d'un public qui veut être renseigné exactement sur la

(1) V. notre note précitée (D. P. 1924.1.99).

valeur des œuvres littéraires ou artistiques comme sur le mérite de leur interprétation, et qui paye pour être exactement informé : en conférant au droit de réponse un caractère sacro-saint, on entame donc les droits de l'histoire et de la critique en même temps qu'on compromet les intérêts du public à qui ne seront plus servis que des comptes rendus de complaisance, insusceptibles, par leur constante banalité, de provoquer même une tentative de réaction.

3° On fait observer, il est vrai, que le droit de réponse, de par sa nature, de par son mécanisme même, répugne à toute limitation d'ordre subjectif ; car, donner à l'auteur de l'écrit, la possibilité de discuter la légitimité, l'opportunité de la réponse, serait le mettre à même d'opposer la force d'inertie et de juguler, par la chicane, la prérogative accordée à son adversaire. Pour qu'une riposte soit efficace, elle doit suivre l'attaque de très près ; une réponse qui serait insérée plusieurs années, ou même seulement plusieurs mois après l'article qui l'a provoquée, serait désormais sans raison d'être et manquerait son but. Il faut donc que le droit de réponse soit péremptoire ou qu'il ne soit pas.

A cet argument, de beaucoup le plus impressionnant, la réponse est double.

D'abord, quelque parti que l'on prenne sur le problème qui nous occupe, il faudra toujours admettre, au profit du défendeur au droit de réponse, des fins de non-recevoir, donc des procédés de chicane et des moyens de temporisation ; on sait, en effet, que l'insertion peut être refusée soit parce que la réponse est contraire aux lois ou aux bonnes mœurs (1), soit par ce motif qu'elle porte atteinte aux intérêts légitimes d'un tiers (2), ou bien à l'honneur du défendeur (3), à sa consi-

(1) Crim. 27 nov. 1845 (D. P. 1846.1.12) ; 17 juin 1898 (D. P. 1899.1.289) ; Civ. précité du 21 mai 1924 ; Crim. 2 févr. 1938 (D. H. 1938.245).

(2) Crim. 26 mars 1841 (Dalloz, *Jur. gén.* v° *Presse-outrage*, n° 344 ; 20 oct. 1937 (D. H. 1937.586).

(3) Crim. arrêts cités à la note précédente.

dération (1), ou enfin sous le prétexte que le demandeur aurait renoncé, expressément ou tacitement à l'exercice de son droit de réponse : *volenti non fit injuria* (2). Or, qui ne voit que ces échappatoires possibles vont parfois permettre au défendeur de gagner du temps et de faire de la procédure ? (3) De toute façon, et quoiqu'on en ait, il y aura donc des accommodements avec le droit de réponse dont l'exercice prêtera à discussion et à temporisation, et le reproche que l'on adresse aux partisans de l'abus d'ouvrir la porte aux moyens dilatoires n'est pas entièrement fondé, puisque cette porte était déjà entr'ouverte sous la pression d'éventualités dont l'efficience doit être reconnue même par les champions de l'absolutisme du droit de réponse.

168. — Mais il y a mieux, et nous pensons que le reproche en question est entièrement injustifié ; une simple observation suffit à l'annihiler, à savoir qu'en prenant parti en faveur du caractère relatif du droit de réponse, on ne favorise aucunement les procédés dilatoires qui seraient de nature à en compromettre la réalisation, car on laisse entière une autre question, celle de la sanction de l'abus dont nous admettons la possibilité et dont nous supposons l'existence. Cette sanction n'interviendra pas nécessairement en nature ; elle ne consistera peut-être pas dans un refus d'insertion, mais simplement dans une condamnation infligée à l'auteur de la réponse intempestive et tendant à réparer le préjudice qu'il a causé, par sa faute, par son acte abusif, au directeur du journal ou de la revue, obligé d'insérer une injuste réponse. Ainsi seront sauvegardés et les intérêts de la presse et ceux des particuliers, ceux enfin du public, grâce à un système qui conci-

(1) Crim. 29 juin 1900 (D. P. 1902.1.525) et arrêtspré cités ; Civ 21 mai 1924 ; Crim. 20 oct. 1937.

(2) Crim. 29 juin 1900, motifs ; Paris, 24 nov. 1922, motifs.

(3) Il faut ajouter que la jurisprudence tend à admettre la légitimité du refus d'insertion basé sur le défaut de concordance de l'article incriminé avec la prétendue réponse. Crim. 3 mai 1923, motifs (D. P. 1923.1.931).

liera la liberté de la pensée avec le respect dû à la personnalité humaine : le droit de réponse sera *péremptoire*, puisqu'il s'exercera séance tenante et sans égard aux mobiles du requérant, mais il ne sera qu'un droit *relatif*, un droit causé et non pas absolu, puisque son utilisation, si elle ne s'explique pas par de justes motifs, est susceptible d'engager la responsabilité de son titulaire pour cause d'abus.

Ainsi s'évanouissent les scrupules de texte, d'histoire ou de sentiment, sur lesquels on a voulu étayer et sur lesquels notre jurisprudence a construit l'absolutisme du droit de réponse : à notre sentiment, ce n'est pas dans les arrêts de la Cour de cassation que se trouve, sur ce point, la vérité sociale et juridique, mais bien dans les quelques décisions qui, refusant de voir dans le droit de réponse un superdroit, sorte de monstre juridique et véritable machine de guerre, l'ont traité comme une prérogative sociale, d'autant plus respectable et d'autant plus efficace qu'étant ainsi causée dans son essence et dans son exercice, elle peut alors réaliser la pensée de justice et de paix sociale qui a déterminé notre législateur à l'instituer (1).

168 *bis*. — *Hésitations et flottements dans la jurisprudence.* — Les considérations qui viennent d'être présentées expliquent que la jurisprudence ne révèle pas, sur cette question, l'aspect d'un bloc intangible, sans aucune fissure. Non seulement la Cour de cassation décide que l'insertion peut être refusée dans une série de cas et pour de multiples raisons tirées des exigences de la loi ou des bonnes mœurs, des intérêts légitimes d'un tiers, du droit, chez l'auteur de l'article initial, à l'honneur et à la considération (2), mais encore la Chambre criminelle a parfois fait fléchir la rigueur des principes, soit dans l'éventualité spéciale où les attaques étaient

(1) V. pour plus de détails, notre note écrite à propos de l'affaire Silvain-Doumic (D. P. 1924.1.97).

(2) *Sup.*, nº 167.

dirigées contre la mémoire des morts, limitant alors l'exercice du droit de réponse, au cas où la publication incriminée présenterait les caractères constitutifs des délits de diffamation et d'injures (1), soit, plus généralement, en proclamant qu'un tel exercice « *doit se renfermer dans les bornes d'une légitime défense...* » (2). Nous ferions volontiers nôtre cette dernière formule : le droit de réponse doit être exercé dans un esprit de légitime défense, sinon il dépasse le but, il est dévié de sa destination et il engage la responsabilité de celui qui l'a ainsi détourné de sa voie.

§ 2. — La liberté du commerce.

(Droit de libre concurrence (3).

169. — Avec la liberté du commerce et le droit de libre concurrence qui en constitue le corollaire et l'expression tangible, nous touchons à une nouvelle affirmation de la personnalité humaine.

Depuis 1789, et surtout depuis l'abolition des anciennes jurandes et maîtrises qui fut édictée par la loi des 2-17 mars 1791, le travail et le commerce sont libres, dans leur différentes manifestations et de bout en bout : *liberté d'établissement*, chacun pouvant à sa guise ouvrir une exploitation

(1) Crim. 28 déc. 1933 (S. 1934.1.105).
(2) Crim. 20 oct. 1937 (D. H. 1937.586).
(3) Cons. : Pic, *Traité de législation industrielle*, 6e éd. notamment nos 547 et s. ; J. Escarra, Ed. Escarra, J. Rault, *Principes de droit commercial*, t. I, 1934, nos 187 et s. ; Bry, *La propriété industrielle, littéraire et artistique* ; Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale* ; *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon* ; H. Lalou, *La responsabilité civile*, nos 440 et s. ; J. de la Morandière, *De la concurrence déloyale en droit français*, extrait de la Revue *Hôgaku*, Tokio, 1936. Pour le droit étranger, V. les ouvrages inclus dans la *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé* de Lyon, notamment : *La lutte judiciaire du capital et du travail organisés*, par Ed. Lambert et Brown ; *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail sous la jurisprudence anglaise*, par Sanhoury ; *Le boycottage devant les cours anglaises*, par R. Hoffher, et *La valeur légale de la politique des prix fixes*, par Favre-Gilly.

quelconque, où et quand il lui plaît ; *liberté de fabrication*, tout producteur ayant la facilité de donner à ses produits l'empreinte, l'aspect, la qualité, le nombre qui lui agréent ; enfin *liberté de circulation*, impliquant toute latitude quant à l'approvisionnement et à l'écoulement des marchandises dont l'achat et la vente sont régis par le jeu des principes économiques et, au premier chef, par celui de la loi de l'offre et de la demande. Ces trois aspects de la liberté du commerce viennent se fondre et se concrétiser dans le dogme de la libre concurrence entre commerçants et industriels dont la rivalité peut se donner libre cours, dans les limites tracées par la loi pénale, en sorte qu'il est juridiquement exact de dire que la concurrence est vraiment l'âme du commerce et de l'industrie modernes (1).

170. — Telle est du moins la conception du droit révolutionnaire et, par voie d'héritage, celle du droit napoléonien. Mais, sur ce point encore, comme en matière de propriété foncière et dans le domaine contractuel, la position individualiste prise par le droit intermédiaire ne devait pas être maintenue, et les intérêts de la collectivité devaient fatalement refouler les prérogatives de l'individu (2). Tout comme une propriété foncière illimitée, une concurrence sans bornes est socialement et pratiquement irréalisable : un droit absolu serait voué à la destruction ; il se dévorerait lui-même, par ses propres excès ; comme les autres libertés, la liberté du commerce veut être réglementée, sagement aménagée ; il est des actes de concurrence que la conscience sociale réprouve, que l'intérêt général ne saurait tolérer et qui doivent donc, sous une forme ou sous une autre, engager la responsabilité de ceux qui les accomplissent.

Mais à quelles conditions en sera-t-il ainsi ? Où découvrir

(1) V. P. Pic, *op. cit.*, nos 222 et s.
(2) Sur l'ensemble des restrictions apportées à la liberté du commerce, V. P. Pic, *op. cit.*, nos 222 et s. ; Escarra, *op. cit.*, t. I, no 189.

le critérium permettant de distinguer l'acte permis de l'acte défendu, la concurrence licite de la concurrence indue ? Comment concevoir et établir les limites qu'il convient d'apporter à la liberté commerciale ?

Ces limites, ici encore et comme pour les droits sur lesquels ont précédemment porté nos investigations, sont de deux sortes, les unes objectives, les autres subjectives.

171. — Les premières sont expressément tracées par le égislateur lui-même ; c'est pourquoi elles apparaissent nettement ; elles se réfèrent aux actes qui constituent, de la part de leur auteur, un empiètement, une véritable entreprise sur les droits égaux et rivaux d'autrui : c'est un industriel qui utilise la marque adoptée par un concurrent ou qui fabrique des produits pour lesquels celui-ci avait obtenu un brevet valable ; en agissant ainsi, ce producteur commet une véritable usurpation ; il fait plus qu'abuser d'un droit, il s'attaque directement au droit d'autrui, il agit sans droit ; il commet un délit, le délit de *contrefaçon*, qui le fait tomber sous le coup de sanctions civiles et pénales — confiscation, dommages-intérêts, publicité du jugement de condamnation, amende et même parfois emprisonnement (1). Le rapprochement s'impose alors avec l'acte accompli sur le domaine foncier d'autrui (2) ; le contrefacteur, de même que l'individu qui fait acte de maître sur un terrain qui ne lui appartient pas, empiète effectivement, littéralement sur la propriété d'autrui, car le titulaire d'une marque ou d'un brevet bénéficie d'un monopole d'exploitation, d'un droit privatif, exclusif, d'une propriété au sens large du mot, à laquelle le contrevenant a porté atteinte : c'est pourquoi cette atteinte est, par elle-même, génératrice de responsabilité et abstraction faite de l'intention frauduleuse, laquelle n'est pas exigée, en principe du moins, en tant qu'élément constitutif de cette sorte de

(1) Lois du 5 juill. 1884, art. 40 et s. ; loi du 23 juin 1857, art. 7 et s.
(2) *Suprà*, nos 15 et s. ; 26.

délit (1) ; l'existence d'un préjudice subi par la victime n'est elle-même point requise en tant qu'élément distinct de l'infraction, ou, si l'on veut, le préjudice moral inhérent à la violation du droit suffit à engager la responsabilité du contrefacteur. Ainsi, nous l'avons observé, l'acte de maître accompli sur le sol du voisin met-il en œuvre la responsabilité de son auteur indépendamment de toute intention frauduleuse et en dehors de la démonstration d'un préjudice matériel éprouvé par le plaignant (2) : l'acte accompli est intolérable en lui-même, intrinsèquement, comme ayant été exécuté contrairement au droit certain d'autrui, donc sans droit ; il est objectivement injuste et appelle nécessairement des sanctions.

172. — Mais, en dehors de cette hypothèse extrême, il peut arriver qu'un commerçant, sans s'attaquer directement au droit certain, au droit nommé d'autrui, fasse, de son propre droit, un mauvais usage en le détournant de sa destination sociale et contrairement à l'esprit de l'institution, par exemple dans une pensée nocive. En ce cas, l'acte qu'il accomplit est irréprochable, si on l'envisage en lui-même, en l'isolant de la mentalité de son auteur, du but poursuivi ; mais il devient inacceptable, parce qu'immoral, parce qu'antisocial, si on le rattache jusqu'à la pensée d'où il est sorti : cet acte n'est pas *illégal*, comme le précédent, mais il est *illicite* de par le mobile auquel il ressortit. Et c'est ainsi que s'est constituée, dans la jurisprudence et dans la doctrine, la théorie de la *concurrence déloyale* qui n'est qu'une forme spécialisée de la théorie générale de l'abus des droits, à savoir : l'*abus du droit de libre concurrence* ; ce droit, comme presque toutes les prérogatives individuelles, est en réalité d'essence sociale ; il est causé, sinon en termes exprès, du moins virtuellement

(1) V. Bry, *La propriété industrielle, littéraire et artistique*, n° 126 *a*, pour les marques de fabrique ; n° 391 pour les brevets d'invention et le délit de contrefaçon.

(2) *Suprà*, n° 26.

et en fonction même de la mission sociale qui lui est dévolue ; lui aussi, il ne doit être exercé qu'à bon escient, conformément à l'esprit de l'institution et aux besoins, à la sécurité des relations commerciales ; du moment qu'il est mis au service du dol, de la fraude, de la déloyauté, il est exercé abusivement et il devient donc une source de responsabilité (1).

Peu importe d'ailleurs l'aspect revêtu par la déloyauté, soit que le coupable s'applique à créer une confusion entre son établissement et une maison similaire à laquelle il emprunte, par exemple, plus ou moins complètement son enseigne (2), soit qu'il s'efforce de dénigrer un concurrent en discréditant ses produits (3), ou encore qu'il attribue, à sa marchandise des qualités qu'elle ne possède pas, ou à lui-même des titres imaginaires (4), ou enfin qu'il use de pratiques indélicates pour opérer à son profit un détournement de clientèle (5) : en toute occurrence, une jurisprudence, empirique et touffue sans doute, mais équitable et soucieuse de maintenir le niveau de la probité commerciale, intervient en faveur des concurrents lésés et du public trompé, par le jeu de sanctions efficaces, ici d'ordre pécuniaire, d'autres fois fixées en nature, mais impliquant toutes l'existence d'une intention frauduleuse relevée à la charge du défendeur et d'une véritable préméditation de sa part de détourner la liberté du commerce de sa destination sociale, c'est-à-dire en vue d'en abuser.

(1) L'intention frauduleuse constitue un élément essentiel de la concurrence déloyale : pas de concurrence déloyale sans déloyauté tel est le point de vue auquel se conforme notre jurisprudence. V. : Req. 9 mars 1870 (D. P. 1871.1.211) ; 18 nov. 1903 (S. 1904.1.84) ; Trib. com. Lyon, 31 mars 1904 (D. P. 1904.2.216). — Comp. Bry, *op. cit.*, nº 625.

(2) Bry, *op. cit.*, nº 636 ; Lyon, 31 mars 1904 (D. P. 1904.2.216) : dans cette dernière espèce, il s'agissait d'un industriel qui avait profité d'expériences organisées publiquement par un concurrent pour faire distribuer au public des prospectus se référant à une affaire similaire qu'il se proposait de lancer. — Bry, *op. cit.*, nºs 626 et suiv.

(3) Bry, *op. cit.*, nºs 645 et s.

(4) Bry, *op. cit.*, nº 628.

(5) Bry, *op. cit.*, nº 649. — Sur les actes de spéculation tendant à déterminer une hausse ou une baisse artificielles des prix, V. *infrà*, nº 191, et les art. 419, 420 et 421 C. pén., nouvelle rédaction.

173. — Peut-être songerait-on à objecter que ce commerçant n'a fait, en définitive, que se conformer à l'esprit de l'institution en s'assurant des bénéfices aussi élevés que possible : le but qu'il poursuivait, c'était la réalisation du profit, lequel est la raison d'être de toute activité d'ordre économique, lequel est essentiellement dans la ligne de l'institution ; il n'a donc point abusé de son droit, mais il en a usé, sans plus. Objection purement spécieuse, dont la portée même suffit à dénoncer l'inexactitude ; car, si elle était fondée, elle vaudrait pour la propriété foncière aussi bien que pour la liberté du commerce, puisque l'on pourrait dire également que le propriétaire qui édifie sur un sol des ouvrages offensifs formidables en vue d'obliger le voisin à se débarrasser de lui en achetant son terrain à prix d'or, ne poursuit, lui aussi, qu'un intérêt égoïste, parfaitement conciliable avec la nature intime de son droit et qu'il reste donc dans la ligne de l'institution. Cependant, nous l'avons constaté, la Cour de cassation n'a pas hésité à considérer que ce propriétaire commettait un acte abusif, engageant sa responsabilité envers le patient, et cela parce qu'il avait mis son droit au service d'une fin antisociale, en marge de l'institution et contrairement à sa raison d'être, au rôle qu'elle est appelée à jouer (1). Ainsi en est-il du commerçant qui fait œuvre de concurrence déloyale ; sans doute, il lui est loisible de causer indirectement un préjudice à ses concurrents en développant ses affaires et en étendant sa clientèle ; le droit ne s'oppose pas à ce que, suivant le mot pessimiste de Montaigne, le « proufit de l'un » soit le « dommage de l'aultre » ; mais encore faut-il que ce pis-aller soit obtenu par des procédés réguliers, en fonction de l'institution : le dommage causé à autrui peut bien être un *résultat* ; mais il ne saurait être ni un *but*, ni même un *moyen*. Et c'est là le sens social, le sens profond de toute cette équitable jurisprudence sur la concurrence déloyale (2).

(1) *Suprà*, nos 22 et 23.
(2) Exceptionnellement, l'acte nocif, accompli avec la volonté de

174. — Descendons un nouvel échelon dans cette construction de la responsabilité du fait de l'exercice de la liberté commerciale, et supposons que l'acte préjudiciable ait été commis : 1° en vertu d'un droit et sans qu'il y ait eu atteinte portée au droit défini d'autrui ; 2° en dehors de toute déloyauté : la responsabilité de l'agent pourra-t-elle encore être engagée ? Oui, si cet acte est de nature à rompre injustement l'équilibre entre les intérêts en présence, comme si un commerçant adopte, de la meilleure foi du monde et dans l'ignorance de la situation, une enseigne exactement ou approximativement semblable à celle d'un concurrent plus ancien ; celui-ci sera certainement fondé à demander la modification d'un état de choses qui est de nature à lui causer un préjudice et à avantager le nouveau venu à la faveur d'une confusion (1). Certes, il n'y a alors ni contrefaçon, ni même concurrence déloyale, puisque l'intention frauduleuse fait défaut ou n'est pas établie, mais il y a du moins une erreur, une négligence qui a été commise par l'imitateur sans le savoir et qui va destituer l'enseigne de son rôle d'identification qu'elle est appelée à jouer ; des mesures seront prises pour que ce rôle lui soit restitué et pour mettre fin à une concurrence qui, si elle n'est pas *déloyale*, est du moins faussée dans son incidence et à laquelle on donne ordinairement le qualificatif, assez improprement choisi d'ailleurs, d'*illicite* (2).

175. — Nous arrivons ainsi à distinguer, dans la réalisation du droit de libre concurrence, trois catégories d'actes

nuire, pourrait cependant se présenter sous l'aspect d'un acte correct, parce qu'il s'explique, en définitive, par un motif légitime ; il peut en advenir ainsi, même d'un acte de boycottage, comme il a été jugé dans l'affaire de la Chambre syndicale des éditeurs de musique, à la suite de l'interdit jeté par cette chambre sur les œuvres musicales éditées en Allemagne. Paris, 11 juin 1926 (D. H. 1926.383).

(1) BRY, *op. cit.*, nos 633 et s. ; POUILLET, *Traité des marques de fabrique*, p. 735 et s. dans la 3e éd.

(2) Cette distinction entre la concurrence déloyale et la concurrence ilicite est très nettement établie dans l'ouvrage de M. BRY, nos 624 et s. ; on la trouve consacrée par un arrêt de Besançon, du 31 déc. 1901 (D. P. 1903.2.65).

correspondant, aussi exactement qu'il est possible, à la classification que nous avons établie pour des droits tels que la propriété ou l'exercice des voies légales :

1° Les actes accomplis sans droit, ou, ce qui revient au même, les actes portant atteinte au droit défini d'autrui, tels les actes constitutifs de contrefaçon. Ils engagent la responsabilité de leur auteur dans tous les cas, indépendamment de tout élément subjectif, voire même en dehors de la preuve d'un préjudice spécialement subi par le plaignant ;

2° Les actes accomplis en vertu du droit de libre concurrence exercé de façon abusive, c'est-à-dire dans une direction anormale et pour des motifs illégitimes, pratiquement dans une pensée de fraude et dans un esprit de déloyauté : ce sont les actes de concurrence déloyale, lesquels ressortissent à la théorie plus ample de l'abus des droits. Ils engagent la responsabilité de leur auteur à raison de sa mentalité, donc subjectivement, mais seulement si un préjudice en est résulté.

3° Enfin, les actes qui constituent l'exercice normal d'un droit, qui sont corrects en eux-mêmes et envisagés à la lueur de la pensée qui les a inspirés, mais qui appellent cependant des sanctions nécessaires lorsqu'ils ont pour effet de rompre l'équilibre des intérêts en présence : on dit alors qu'il y a concurrence illicite et la sanction consistera essentiellement dans l'obligation imposée au défendeur de prendre des mesures pour rétablir l'équilibre rompu, par exemple en adjoignant son prénom à son nom patronymique, de façon à faire cesser une confusion préjudiciable à son concurrent et au public lui-même.

Nous observerons, une fois de plus, que les responsabilités du premier et du troisième ordre sont objectives alors que la responsabilité intermédiaire, celle qui se rattache à la théorie générale de l'abus, est de nature subjective puisqu'elle se déduit des mobiles de l'agent, confrontés avec la finalité du droit de libre concurrence.

175 *bis*. — *Les restrictions conventionnelles à la liberté du commerce* (1). — Si fondamentale que soit cette liberté, une jurisprudence très ferme admet qu'il y soit fait échec par la convention des parties, sinon totalement, au moins dans une large mesure ; c'est ainsi qu'un commerçant peut valablement s'engager à s'approvisionner exclusivement auprès d'un fournisseur déterminé ou qu'à l'inverse ce fournisseur s'oblige à réserver sa fabrication intégrale à ce commerçant, ainsi encore que la pratique des *prix imposés* a été reconnue parfaitement licite (2).

Surtout, la Cour de cassation valide les clauses dites de *non-établissement* ou de *non-rétablissement*, soit que le vendeur d'un fonds de commerce s'interdise d'exercer, dans un certain rayon ou pour un certain temps, l'activité professionnelle ressortissant à ce fonds, soit qu'un employé s'engage, s'il vient à quitter la maison dans laquelle il travaille, à ne pas exercer un commerce ou une industrie similaire ou à ne pas entrer au service d'un établissement concurrent.

A ce sujet et dans ces ordres d'idées, une distinction jurisprudentielle suffisamment précise et très ferme s'établit entre deux catégories de clauses, celles qui portent une interdiction *générale et absolue* d'établissement, de rétablissement ou d'engagement des services, et celles qui limitent la défense à un certain temps ou à un lieu déterminé ; seules, les premières sont radicalement nulles comme attentatoires à la liberté du commerce et du travail et comme contraires à l'ordre public, tandis que celles de la deuxième catégorie sortent tous leurs effets : « La liberté de faire le commerce ou d'exercer une industrie peut être restreinte par des conventions particulières, pourvu que ces conventions n'impliquent pas une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire illimitée tout à la fois quant au temps et quant au lieu ; la restriction

(1) V. P. Pic, *op. cit.*, nos 256 et s. et note D. P. 1930.1.145 ; Nichet, thèse, 1900 ; Sanhoury, thèse Lyon, 1925.
(2) P. Pic, *op. cit.*, n° 264 *bis* ; Req. 3 mai 1920 (S. 1921.1.158).

est donc valable lorsque, librement consentie, elle est perpétuelle, mais limitée à un lieu déterminé, comme aussi lorsque, s'étendant à tous les lieux, elle ne doit être observée que pendant un certain temps » (1) ; cette doctrine a été confirmée par diverses décisions relatives, les unes aux clauses de non-établissement ou de non-rétablissement (2) les autres aux clauses de non prestation des services à une maison concurrente (3) ; elle consacre, en notre matière, la thèse de la relativité et de l'abus des droits, avec cette particularité que cet abus vient ici se concrétiser dans un critère précis : le caractère général et absolu de l'interdiction portée dans la clause. Deux libertés s'affrontaient, d'un côté celle de contracter, d'autre part celle de commercer et de travailler : la jurisprudence est arrivée à maintenir entre elles un juste équilibre en faisant appel au concept de l'abus qui, comme c'est sa mission habituelle, substitue, par une heureuse transaction, l'accord au conflit, l'harmonie au heurt des droits (4).

Section II.

Les libertés corporatives.

176. — Nous ne songeons pas à étudier une à une les différentes libertés ressortissant à ce deuxième groupe, pas plus que nous n'avons précédemment épuisé la gamme des libertés individuelles : il nous suffira, pour dénoncer l'emprise de la thèse de l'abus en pareille matière, d'envisager deux des libertés fondamentales dans le domaine corporatif : le droit de coalition et le droit d'association. Encore ces deux

(1) Civ. 2 juill. 1900 (D. P. 1901.1.294).
(2) Req. 9 mai 1888 (D. P. 1889.1.76) ; 1er févr. 1899 (D. P. 1899.1.302) ; 9 janv. 1923 (D. P. 1923.1.37).
(3) Civ. 26 mars 1928 (D. P. 1930.1.145, note P. Pic) ; Req. 25 mai 1936 (D. H. 1936. 380) ; Civ. 27 oct. 1936 (D. H. 1936.571) ; 14 avr. 1937, D. H. 1937.299.
(4) B. Tabbah, *Du heurt à l'harmonie des droits*, 1936.

prérogatives se ramènent-elles, en définitive, au même concept associationnel, puisque la coalition, ouvrière ou patronale, n'est autre chose qu'un groupement momentané, constitué en vue d'un objectif d'actualité auquel il ne doit pas survivre ; ce sont donc deux libertés étroitement apparentées que celles dont nous allons chercher à pénétrer l'esprit et à marquer, au nom de la théorie de l'abus, les limites subjectives.

§ 1. — Le droit de coalition.

(Grève et *lock-out*) (1).

177. — La coalition, telle que nous l'entendons ici et telle qu'on la comprend ordinairement, consiste dans l'union momentanée, soit de patrons (*lock-out*), soit d'ouvriers (grève), en vue de faire aboutir des revendications professionnelles dont leurs efforts individuels et dispersés seraient impuissants à assurer le succès : l'union fait la force. Grève et *lock-out* sont des formations de combat destinées à vaincre la résistance de l'adversaire, à lui imposer la volonté de l'assaillant. En fait, et dans l'immense majorité des cas, ce sont des ouvriers ou des employés qui recourent à cette méthode de combat : la plupart des coalitions affectent donc l'aspect de grèves de salariés et s'affirment pratiquement par une cessation de travail concertée et collective.

Le droit de recourir à cette « *ultima ratio* » est, dans notre pays, d'origine relativement récente. La Révolution, dans son instinct de réaction contre le passé, avait jeté l'anathème sur les groupements professionnels, et la loi des 14-17 juin 1791 (loi Chapelier) prohibait toute entente, toutes délibérations sur les intérêts communs, soit de la part des patrons, soit du côté des ouvriers, en proclamant que de telles délibérations

(1) V. sur ce sujet, Pic, *Traité de législation industrielle*, 6e éd., nos 269 et s.

devaient être tenues pour « inconstitutionnelles et attentatoires à la liberté et à la déclaration des droits de l'homme » et bientôt le code pénal édictait des sanctions répressives contre les coalitions patronales ou ouvrières (1).

Les progrès réalisés par l'industrie et aussi la concentration des entreprises et des capitaux qui devait être un des grands phénomènes économiques du XIXe siècle amenèrent une nouvelle réaction, en sens inverse de la précédente et une renaissance des libertés corporatives : la loi du 25 mai 1864 abrogea le délit de coalition ; désormais, ouvriers et patrons purent se coaliser sans s'exposer aux rigueurs de la loi pénale, mais l'exercice de ce droit leur était rendu malaisé par l'impossibilité juridique où ils se trouvaient de composer des groupements durables et permanents : le droit d'association n'était pas encore reconquis, et la coalition restait singulièrement difficile entre individus isolés, nullement préparés à cet effort collectif momentané qu'implique la grève ou le *lock-out* ; et l'on peut dire que c'est la loi du 21 mars 1884 — modifiée et complétée par celle du 12 mars 1920, puis abrogée pour être intégrée dans le livre III du code du travail (L. 25 févr. 1927 *portant codification des lois ouvrières*) — qui, en instituant la liberté syndicale, a donné au droit de coalition toute sa valeur pratique, le syndicat professionnel étant le cadre et comme le bouillon de culture de la grève : c'est du groupement permanent, syndicat ou union de syndicats, que sort, l'occasion venue, ce groupement momentané qu'est toute coalition, ouvrière ou patronale (2).

178. — L'exercice du droit de coalition, et spécialement du droit de grève, a soulevé des problèmes délicats qui sont

(1) Comp. art. 414 à 416.

(2) On peut estimer que la loi du 31 déc. 1936 porte la condamnation de la grève *subite* lorsque, dans son article 1er, elle proclame que : « Dans l'industrie et le commerce, tous les différends collectifs du travail doivent être soumis aux procédures de conciliation et d'arbitrage *avant toute grève ou tout lock-out* ».

essentiellement des problèmes de responsabilité, dans lesquels peuvent se trouver impliqués, soit les ouvriers coalisés, soit même des tiers qui se sont immiscés dans la grève et qui ont pu jouer un rôle déterminant dans sa genèse, dans sa déclaration ou dans sa durée.

Dans l'étude de ces difficultés, nous mettons de côté les agissements qui, constitutifs du délit d'*atteinte à la liberté du travail*, tomberaient sous le coup des articles 414 et 415 du code pénal, tels qu'ils ont été modifiés par la loi du 25 mai 1864, et nous ne retenons que les actes de nature à engager la responsabilité civile de leurs auteurs, par application de la théorie de l'abus et à raison même du mobile qui les a inspirés, du but vers quoi ils tendent. Le droit de coalition, et plus spécialement le droit de grève, doit-il être considéré comme absolu, à condition bien entendu qu'il se confine dans les limites expressément tracées par la loi, ou bien ne rentre-t-il pas dans la grande famille des droits relatifs, des droits causés, lesquels ne sauraient être impunément exercés que conformément à l'esprit de l'institution ? C'est à cette question précise que nous allons chercher une réponse, tant pour les ouvriers coalisés que pour les tiers intervenants.

179. — I. — *Responsabilité des ouvriers (ou des patrons) coalisés*. — Même ainsi délimité, le problème se divise encore, car on conçoit que la responsabilité des coalisés puisse être mise en question soit vis-à-vis du patron dont l'établissement est placé à l'index, soit à l'égard des ouvriers ou des employés dont la grève a été destinée peut-être à provoquer le congédiement.

180. — *Responsabilité des grévistes vis-à-vis du patron lésé par la coalition*. — La grève, avec l'arrêt qui en résulte dans l'activité de l'établissement mis à l'index, est de nature à causer au patron un grave préjudice, tant par sa soudaineté que par sa durée : va-t-il pouvoir en demander raison aux

coalisés, ou, tout au moins, au syndicat, qui, comme il arrive ordinairement, avait pris l'initiative et la direction du mouvement ?

On a voulu lui dénier cette ressource en thèse absolue, ou, du moins, sous la seule réserve des manœuvres tombant sous le coup de la loi pénale ; dans cette conception, le droit de grève serait une prérogative intangible et abstraite, planant au-dessus des contrats et plus forte qu'eux : « et cette solution est tout à fait indépendante du point de savoir si, en fait, la grève était ou non justifiée, si l'événement lui a donné raison ou non, si les ouvriers y ont eu recours d'une façon sage et considérée. *Dans tous les cas elle est légitime*, pourvu qu'elle ait été exempte des manœuvres qui contribuent à la faire tomber sous le coup de la loi pénale. Dans tous les cas, les règles ordinaires du droit des contrats plient devant elle (1) ».

181. — Cette doctrine, d'après laquelle la grève porterait en elle sa propre légitimité, n'a vraiment pénétré ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence (2) ; par cela même qu'elle place le droit de grève au-dessus du droit tout court, pour en faire une sorte de divinité, elle est antisociale, violemment et naïvement. Une prérogative de cette importance, et si périlleuse dans sa réalisation, doit répondre à un besoin ; elle doit avoir une finalité, sinon il faudrait, sans hésitation, la rayer de nos lois ; levier puissant, elle doit être maniée à bon escient, sinon elle bouleversera le monde économique ; si vraiment le pouvoir implique la responsabilité, elle doit être susceptible

(1) Article anonyme paru dans : *Annales de droit commercial*, 1904, p. 369 et s.

(2) On cite cependant un arrêt de la cour de Rennes, en date du 21 juillet1894, aux termes duquel tous les faits de grève, non attentatoires à la liberté du travail, sont licites « sans distinction de mobile », car « l'exercice d'un droit ne saurait donner lieu à dommages-intérêts, alors même qu'il causerait préjudice à autrui ». C'est l'éternel sophisme, contre lequel vient précisément se dresser la thèse de l'abus des droits (V. cet arrêt sous Civ. 9 juin 1896, S. 1897.1.27 ; D. P. 1896.1.582). — *Adde*, les divisions citées plus loin, nos 182 et s.

d'engager, de par son exercice, la responsabilité civile de ses bénéficiaires.

182. — Il est d'ailleurs des cas — les plus fréquents — où cette possibilité ne fait pas de doute, au moins en jurisprudence : c'est d'abord celui — de plus en plus fréquent — où les coalisés étaient liés par une convention collective qui limitait l'exercice de leur droit de coalition, notamment en leur interdisant d'y recourir avant d'utiliser les voies pacifiques de la conciliation et de l'arbitrage (1) ; c'est aussi l'hypothèse où les grévistes n'ont point observé les délais de prévenance imposés par l'usage ou par un règlement. En pareille éventualité, nos tribunaux n'hésitent pas à accorder au patron des dommages-intérêts, par application de l'article 1780 du code civil. Ils estiment, en effet, que la grève entraîne la rupture du contrat de travail, rupture collective et unilatérale qui, si elle intervient soudainement, comme c'est le cas le plus ordinaire, engage la responsabilité de la partie congédiante envers la partie congédiée, sans égard aux mobiles qui l'ont inspirée et quand bien même ces mobiles seraient parfaitement légitimes (2). La situation est la même que si chacun des ouvriers avait individuellement rompu le contrat sans préavis et sans observer les délais d'usage ; la responsabilité qui intervient alors n'est pas d'ordre précisément subjectif ; c'est celle qui pèse sur tout débiteur lorsqu'il n'exécute pas ses obligations contractuelles ; les coalisés n'ont pas seulement abusé de leur droit, ils ont agi sans droit, en violation de la lettre du contrat ou de l'usage (3).

Seulement, cette jurisprudence qui consacre la rupture du contrat de travail par la grève et qui était celle de la Cour

(1) L. 31 déc. 1936 *sur les procédures de conciliation et d'arbitrage dans les conflits collectifs du travail* ; l. 4 mars 1938, *sur les procédures de conciliation et d'arbitrage*.

(2) Trib. rég. de Mulhouse, 28 juin 1923 (D. P. 1925.2.1, note Pic).

(3) Pic, *op. cit.*, nº 306.

suprême (1), au moins jusqu'à ces dernières années (2) est rigoureusement combattue par une grande partie de la doctrine ; de nombreux auteurs, et qualifiés, soutiennent que la grève doit simplement suspendre l'exécution du contrat, conformément à la volonté de ceux qui l'ont déclenchée ; la rupture unilatérale implique, chez l'une des parties, la volonté de rompre, volonté qu'on ne découvre pas chez les ouvriers et qui se trouve exclue par la notion même de la grève : les grévistes, par définition même, sont encore des ouvriers, sans quoi leur attitude serait inexplicable ; s'ils entendaient rompre le contrat et quitter l'usine, ils s'en iraient tout simplement, sans faire entendre d'inutiles revendications ; en cessant le travail temporairement, ils font encore acte d'ouvriers, en vue d'imposer leur volonté au patron sur un point ou sur plusieurs points déterminés ; ils recourent à un procédé d'astreinte qui implique chez eux la croyance de demeurer dans les liens d'un contrat dont ils suspendent seulement l'application (3).

183. — Si cette explication est valable, l'article 1780 du code civil doit être écarté du débat, lui qui suppose la rupture unilatérale du louage de services, et la solution doit être cherchée — que les délais de prévenance aient été observés ou non — dans la destination même du droit de grève et dans la notion de l'abus : la responsabilité des coalisés sera engagée

(1) Req. 18 mars 1902 (D. P. 1902.1.323) ; Civ. 4 mai 1904 (D. P. 1904.1.289, S. 1906.1.497, note WAHL) ; 28 juin 1910 (D. P. 1912.1.449, S. 1912.1.185, note LYON-CAEN) ; 29 déc. 1925 (D. P. 1927.1.86).

(2) Il semble, en effet, que la Cour de cassation soit moins affirmative aujourd'hui que par le passé et que sa jurisprudence évolue dans la direction qui lui est indiquée par la doctrine dominante ; trois arrêts récents admettent que la grève ne rompt pas *nécessairement et dans tous les cas* le contrat de travail, mais qu'elle se borne parfois à en suspendre le cours (Civ. 15 juin 1937, deux arrêts ; 4 août 1937, D. P. 1938.1.23, note A. ROUAST).

(3) *Sic.* PIC, *op. cit.*, nos 310 et s. ; PLANIOL et RIPERT, *Traité de droit civil*, t. II, no 1896 *bis*, notes PLANIOL D. P. 1914.1.289 ; 1907.1.373 ; A. ESMEIN, note *Sirey*, 1898.1.17 ; WAHL, notes S. 1906.1.497.

du moment qu'ils auront utilisé leur droit en vue de fins illégitimes et qu'ils seront ainsi sortis de l'esprit de l'institution. Or, cet esprit est certain : il se confond avec le souci de la défense des intérêts professionnels, et par là il rejoint l'esprit même des syndicats professionnels, lesquels ont « *exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles* » (1) ; pour les employés comme pour les employeurs, le droit de coalition constitue une arme professionnelle : aussi longtemps que cette arme est mise effectivement au service des intérêts de la profession et pourvu que la liberté du travail ait été respectée, que des actes de violence n'aient point été commis, la responsabilité des grévistes est sauve, car ils sont demeurés dans la limite de l'intérêt légitime qui constitue la pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits. Mais viennent-ils à dépasser cette limite, recourent-ils à la coalition pour des motifs et en vue de buts extra-professionnels, ils sortent de l'esprit de l'institution et ils deviennent passibles de dommages-intérêts envers le patron lésé par leur faute.

C'est ce que notre jurisprudence n'hésite pas à reconnaître ; constamment, elle proclame que le droit de grève n'est point absolu (2), qu'il ne peut être mis qu'au service d'intérêts professionnels et que, seule, est légitime la grève d'ordre, d'origine, de but professionnels (3). Les ouvriers ne seraient donc pas fondés à se mettre en grève par pure malignité (4), pour des raisons tirées de l'attitude politique du patron, ni, à plus forte raison, dans le but de contrarier la défense na-

(1) C. trav., livre III, art. 1er.
(2) Trib. rég. de Mulhouse, jugement précité, 28 juin 1923.
(3) V. par exemple, Civ. 9 juin 1896 (D. P. 1896.1.582, avec les conclusions de l'avocat général DESJARDINS) ; 22 juin 1892 (D. P. 1892.1.449, avec les conclusions du procureur général RONJAT). La Cour suprême déclare, dans cette décision que, depuis l'abrogation de l'art. 416 c. pén. « les menaces de grève adressées, sans violences ni manœuvres frauduleuses, par un syndicat d'ouvriers à un patron, à la suite d'un concert entre ses membres, *sont licites quand elles ont pour objet la défense des intérêts professionnels* ».
(4) Trib. civ. Douai, 7 mai 1902 (D. P. 1903.2.329).

tionale (1) ; il ne leur serait même pas loisible de recourir à ce moyen de pression pour obliger le patron à reprendre un ouvrier congédié, du moins si la disgrâce de cet ouvrier s'explique par des raisons valables, par exemple par la commission d'une infraction de droit commun, vol ou abus de confiance, — pas plus d'ailleurs, et à l'inverse, que pour le contraindre à congédier un ouvrier qui se serait retiré du syndicat dont il faisait partie jusque-là (2). Les intérêts professionnels n'ont rien à voir, en réalité, avec de tels buts de guerre ; ils n'étaient point en cause et le droit de coalition a subi une déviation en suite de laquelle il devient générateur de responsabilité envers le patron lésé et à la charge des coalisés qui en ont fait un usage abusif (3).

184. — Cette jurisprudence est d'autant plus remarquable qu'elle vient se superposer à la thèse de la *grève rupture du contrat de travail* dont elle semblait cependant devoir assez mal s'accommoder et qu'elle domine en réalité de toute son ampleur et de toute sa vérité juridique et sociale ; ce n'est plus la légitimité du congédiement qui est en question, mais bien la légitimité de la grève ; celle-ci commande à celui-là ; et ce n'est pas une simple question de mots, car on conçoit très bien qu'une coalition soit motivée par des revendications qui, telles une majoration de salaires ou une réduction des heures de travail, présentent un caractère strictement professionnel et impriment donc à la grève un caractère licite, encore qu'il ne soit pas toujours possible de les considérer comme raisonnables et justificatives d'une rupture individuelle du contrat de travail, dans les termes et dans l'esprit

(1) Grenoble, 19 nov. 1920 (*Gaz. Pal.*, 21 janv. 1921).
(2) Civ. 22 juin 1892, arrêt précité.
(3) Le *lock-out* est régi par les mêmes directives que la grève : c'est seulement s'il est déterminé par des motifs légitimes, c'est-à-dire par des raisons d'ordre professionnel, qu'il est correct et qu'il n'engage pas la responsabilité du patron, par exemple envers ses propres clients. V. Trib. com. Dunkerque, 2 août 1926 (*Gaz. Pal.*, 22 oct. 1926 et *Rev. trim. de droit civil*, 1926, p. 1047).

de l'article 1780 : le droit collectif absorbe en quelque sorte le droit individuel, et du moment qu'il est justifié, il couvre celui-ci de son large pavillon ; il l'entraîne dans son orbite et lui enlève le caractère abusif qu'il revêtirait peut-être s'il était exercé individuellement et s'il se présentait à l'état isolé.

185. — *Responsabilité des grévistes vis-à-vis des ouvriers ou des employés visés par la coalition.* — Cette forme de responsabilité est plus pratique que la précédente, et plus nécessaire aussi : car, tandis que la grève laisse généralement au patron certaines ressources qui lui permettent d'attendre la fin de la crise, elle peut enlever aux ouvriers, aux employés ou au contre-maître boycotté, tout moyen d'existence. Il est arrivé assez fréquemment, en effet, que des ouvriers, et surtout des syndicats, aient imposé à un patron le renvoi d'un camarade ou celui d'un contre-maître, et que, poursuivant le dissident d'une haine tenace, ils aient fait obstacle à son embauchage dans tous autres établissements similaires de la région : c'est une nouvelle forme d'excommunication majeure, aussi redoutable que l'ancienne, car elle oblige le paria à changer de région, peut-être même à s'expatrier. La victime de ces agissements ne pourra-t-elle pas mettre en œuvre la responsabilité de ses persécuteurs, en alléguant qu'ils ont fait un usage abusif du droit de grève lorsqu'ils l'ont mis au service de leurs rancunes personnelles en obligeant le patron, sous la menace ou sous le coup d'une cessation collective du travail, à congédier un collaborateur contre lequel il n'avait aucun grief à faire valoir ? C'est, sous une forme nouvelle, la question de l'absolutisme ou de la relativité du droit de coalition qui réapparaît, mais, on le remarquera, dans des termes plus favorables que précédemment à la thèse de l'abus, puisque la disposition de l'article 1780 du code civil est ici hors de cause, le procès s'élevant, non pas entre employeurs et employés, mais bien entre employés, dont les uns font figure de persécuteurs et l'autre de persécuté.

186. — Et cependant, malgré cette circonstance qui contribue singulièrement à clarifier le problème, on a nié que la responsabilité des coalisés pût jamais être engagée envers leur victime ; la fameuse affaire de Jallieu mit aux prises les deux doctrines de l'absolutisme et de la relativité du droit de grève ; la première fut d'abord adoptée par le tribunal civil de Bourgoin, puis, sur appel, par la cour de Grenoble (1), mais la victoire devait demeurer à la deuxième qui fut consacrée par la chambre civile de la Cour de cassation (2) et, sur renvoi, par la cour de Chambéry qui accorda à l'ouvrier, boycotté pour cause de non-syndicalisme, une indemnité de deux mille francs (3). Les arguments allégués de part et d'autre sont ceux que nous connaissons déjà : le tribunal de Bourgoin et la cour de Grenoble mettaient en avant les franchises du droit de coalition et du droit syndical, voire même, ce qui est plus surprenant encore, le caractère absolu du droit, pour un patron, de rompre le contrat de louage de services ; dans l'espèce, affirmaient ces juridictions, il y a bien eu pression morale tant sur le patron que sur l'ouvrier congédié, mais cette pression a été exercée « à l'aide de moyens licites, dans un but licite » ; elle ne saurait donc être fautive ; aucun droit, ni conventionnel, ni légal n'a été violé.

Il n'était pas difficile de répondre, avec la Cour de cassation et avec la cour de Chambéry, que si, depuis l'abrogation de l'article 416 du code pénal, les menaces de grève adressées par un syndicat à un patron sont licites, c'est à la double condition d'être exemptes de violence et de fraude et d'intervenir pour « la défense des intérêts professionnels » ; or, dans l'espèce, ce n'était pas des intérêts de ce genre qui se trouvaient en jeu ; comme le note la cour de Chambéry, l'ouvrier boycotté était « un homme indifférent en soi » dont le maintien

(1) V. ces décisions (D. P. 1891.2.241).
(2) Civ. 22 juin 1892 (D. P. 1892.1.449, avec les conclusions du procureur général Ronjat ; S. 1893.1.41).
(3) V. D. P. 1893.2.191.

dans l'usine, pas plus que son exclusion, ne pouvait avoir « une influence quelconque sur la hausse ou la baisse des salaires, les rapports des ouvriers avec le patron, ni sur aucune des conditions du travail » ; et le procureur général Ronjat, dans de remarquables conclusions, avait expressément évoqué, à propos de cette affaire et devant la chambre civile, la conception de l'abus des droits ; pour lui, l'expulsion de l'ouvrier avait été exigée « sans motifs, par pur caprice malicieux, pour lui nuire et sans profit d'aucune sorte pour ceux qui exigeaient son expulsion. Voilà l'acte dommageable et illicite, la faute ; *elle résulte de l'abus d'un droit*, de la volonté de nuire, du but que l'on s'est proposé d'atteindre : nuire à autrui sans profit pour soi-même (1) ».

Depuis que la chambre civile a admis ce point de vue, bien d'autres décisions sont intervenues dans le même sens, pour refuser au droit de coalition un caractère absolu et pour affirmer la responsabilité de ceux qui y recourent abusivement, dans le but d'exercer contre des dissidents des représailles d'ordre extraprofessionnel (2), et l'on peut donc considérer comme acquis, en jurisprudence, qu'un tel droit est susceptible d'abus, tant dans les rapports des parties entre elles que dans ceux des ouvriers ou des employés entre eux ; sa destination sociale, à savoir la défense des intérêts professionnels, est inconciliable avec l'intention de nuire à autrui sans profit pour la profession, en sorte que les dommages causés dans cette direction illicite engagent conformément au droit de l'article 1382 du code civil, la responsabilité des coupables.

187. — II. — *Responsabilité des tiers intervenants.* — Lorsqu'une grève présente une certaine envergure, et surtout si elle se prolonge, il arrive presque inévitablement que des

(1) V. D. P. 1892.1.449.
(2) Civ. 9 juin 1896, précité ; Lyon, 2 mars 1894 (D. P. 1894.2.305) ; Paris, 31 mars 1896 (D. P. 1896.2.184).

tiers, c'est-à-dire des personnes étrangères à l'établissement en cause, se jettent dans la mêlée et ravivent l'ardeur défaillante des combattants. Ce sont des politiciens, des journalistes, parfois des professionnels, des « gréviculteurs » qui s'efforcent de prolonger la crise au moyen d'excitations et de malentendus. Ces tiers usent-ils d'un droit ? Et, si oui, ce droit est-il susceptible d'abus, parce qu'ayant une destination sociale dont il ne saurait être détourné ?

Ce double problème se posa devant la jurisprudence à l'occasion de la fameuse grève de Carmaux au cours de laquelle certains hommes politiques étaient intervenus avec une rare vigueur pour attiser les haines et ranimer les courages des coalisés. Une campagne violente fut engagée par eux contre le patron, M. Rességuier, qui fut l'objet de graves accusations et qui, une fois la crise terminée, arguant du préjudice qui était résulté pour lui de l'immixtion de ces tiers, leur réclama cent mille francs de dommages-intérêts.

Le tribunal civil de Toulouse repoussa sa demande en affirmant le caractère absolu et du droit de coalition ouvrière et du droit d'intervention des tiers, réserve faite seulement des cas où des manœuvres frauduleuses ou violentes auraient été pratiquées.

La cour de Toulouse, à qui cette décision fut déférée, l'infirma en prenant le contre-pied de la deuxième proposition, c'est-à-dire en niant purement et simplement tout droit d'intervention pour les tiers [art. 1165 C. civ.] et en faisant application aux intrus de la disposition de l'article 1382 du code civil, comme ils l'eussent fait à toute personne ayant causé, par sa faute, un dommage injuste à autrui.

La Cour de cassation, saisie de la question, rejeta le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la cour de Toulouse, mais en se plaçant à un point de vue intermédiaire entre celui du tribunal et celui de la juridiction d'appel. A la différence de celle-ci, elle reconnut l'existence du droit d'intervention au profit

des tiers ; mais elle ajouta aussitôt que ce droit ne pouvait être exercé que « dans les conditions permises aux intéressés eux-mêmes... », ce qui était par là-même ouvrir la porte à la notion de l'abus qui conditionne le droit de grève lui-même (1). Il est vrai que le mot ne figure pas dans la teneur de l'arrêt, mais la chose y est, assurément, et la Cour suprême a entendu, en utilisant, elle aussi, mais d'une autre façon, l'article 1382, adopter les conclusions de l'avocat général Eugène Duval qui s'était exprimé ainsi : « Convient-il de s'arrêter à cette objection que l'exercice d'un droit même dommageable à autrui ne peut engendrer une action en dommages-intérêts ? — Sans doute, répondons-nous, mais à condition qu'il n'y ait pas abus du droit. Or, dans l'espèce, si la grève est l'exercice d'un droit, les menaces, les manœuvres qui viennent se joindre à la grève ne sont plus l'exercice normal de ce droit, elles en constituent l'abus, un abus d'autant plus grave qu'il est le fait d'étrangers à la grève, intervenus pour la provoquer et la prolonger. C'est cet abus qui constitue la faute et le quasi-délit (2) ».

188. — Nous pensons qu'en décidant ainsi, la Cour suprême a posé les véritables principes et qu'elle a achevé la construction d'un système dont l'homogénéité est sans défaut si l'on admet, contrairement à son opinion, que la grève ne rompt pas le contrat de travail, ou encore, ce que la haute juridiction semble bien reconnaître, que cette rupture est en quelque sorte dépassée par l'application du droit collectif de coalition. Alors tout s'éclaire à la lumière de deux idées simples : d'une part, la grève, et, d'une façon plus générale, la coalition constitue un droit et crée une situation dans laquelle les tiers eux-mêmes peuvent faire irruption ; mais, d'autre part, il s'agit là d'un droit relatif, à finalité nettement accusée, qui

(1) V. les trois décisions intervenues successivement au sujet de cette affaire (D. P. 1897.1.537, note DUPUICH).
(2) V. D. P. 1897.1.546.

ne saurait donc être exercé impunément que dans une direction déterminée, celle des intérêts professionnels, et qui, s'il est aiguillé dans un autre sens, est susceptible d'engager la responsabilité, tant des acteurs principaux que des intervenants, vis-à-vis de la partie adverse, comme aussi à l'égard des ouvriers ou des employés injustement boycottés ; il s'agit, en d'autres termes, d'un droit susceptible d'abus, et l'abus consiste, ici comme toujours, à fausser la prérogative pour la mettre au service de fins illégitimes, parce qu'inadéquates à sa mission sociale (1).

§ 2. — Le droit d'association.

189. — Nous envisageons ici le droit d'association, non pas dans le sens technique et étroit qui a été consacré par la loi du 1er juillet 1901, mais dans son acceptation la plus large et comme se référant à tout groupement permanent et durable, société, association *stricto sensu* ou syndicat.

Cette prérogative, qui a eu une histoire fort accidentée (2) et dont l'essor définitif remonte à un peu plus d'un demi-siècle, a été incluse par le législateur dans des limites ordinairement précises et resserrées que l'on trouve notamment dans la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels, modifiée par celle du 12 mars 1920, et, pour les associations proprement dites, dans la loi fondamentale du 1er juillet 1901, modifiée par les lois du 4 décembre 1902, du 17 juillet 1903 et du 2 juillet 1913, ainsi que par le décret-loi du 23 octobre 1935. Ces limites sont strictement obligatoires ; les fondateurs d'un groupement ne sauraient les franchir sans attirer sur lui la sanction de la nullité. Mais l'observation de ces frontières précises, objectivement tracées, ne suffit pas toujours à légitimer les actes accomplis à l'intérieur du domaine qu'elles

(1) *Sic*. Pic, *op. cit.*, nos 307 et s. ; et note D. P. 1925.2.1 ; G. Cornil, *Le droit privé*, p. 115 et s.

(2) V. Pic, *Traité de législation industrielle*, 5e éd., nos 287 et s. ; 549 et s.

délimitent ; encore faut-il que l'organisme corporatif se maintienne dans le plan de l'institution et qu'il en respecte l'esprit.

190. — C'est ainsi qu'aux termes de l'article 3 de la loi du 1er juillet 1901, « toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du Gouvernement est nulle et de nul effet » : le mobile qui a présidé à la naissance de l'association revêt ainsi une signification décisive ; le groupement est atteint d'un vice originel s'il tend, dans la pensée de ses fondateurs, à un but immoral ou illicite ; et, ce qui est vrai pour la génération même de l'association, l'est également et sans aucun doute pour les actes accomplis au cours de son existence et dont la validité est subordonnée à la conformité qu'ils doivent réaliser avec l'esprit même de l'institution, avec la fonction sociale.

191. — La même observation doit être reproduite tant pour les syndicats professionnels que pour les groupements de producteurs : ceux-ci comme ceux-là doivent se conformer aux exigences du commerce juridique dont les tribunaux sont les appréciateurs souverains ; les uns et les autres ne sauraient se constituer et vivre qu'en fonction des intérêts dont ils sont représentatifs (1). Cette loi universelle a motivé les dispositions répressives contenues, pour les syndicats de producteurs, dans les articles 419 et 420 du code pénal et dans la loi du 3 décembre 1926 qui a modifié ces textes dans un sens plus rigoureux, comme elle expliquait la création du délit de spéculation illicite par la loi du 20 avril 1916 : il est d'ailleurs tout à fait remarquable que notre jurisprudence, lorsqu'il s'est agi d'appliquer ces dispositions sévères, a

(1) Les syndicats professionnels ont essentiellement pour objectif la défense des intérêts de la profession (C. trav., livre III, art. 1er).

établi des discriminations tirées du but poursuivi par le groupement, *corner*, *cartel* ou *trust*, — de son « objectif réel » (1), et cela aussi bien pour le délit d'accaparement que pour celui de spéculation illicite ; le même acte est correct ou délictueux selon le « but poursuivi par le spéculateur » (2). En pareille matière, donc, tout dépend de l'usage qui est fait de l'outil juridique, lequel doit être manié correctement et à bon escient, conformément à l'esprit de la profession, à peine de commission d'un abus qui engage la responsabilité, civile ou pénale, du contrevenant ; comme toujours, c'est le mobile du titulaire qui est décisif et qui permet de distinguer l'exercice normal de l'exercice abusif d'une même faculté juridique (3).

(1) PIC, *op. cit.*, nº 568.
(2) RIPERT, *op. cit.*, nº 161.
(3) L'arrêt de la chambre civile du 26 oct. 1921 (D. P. 1921.1.120) est particulièrement net : il retient, pour l'application de l'art. 419 c. pén. « l'objet du contrat », et il en conclut que n'est pas illicite l'entente qui a pour objet, « non de déterminer une hausse factice des prix, mais de faire cesser l'avilissement que leur a fait subir la concurrence locale ».

CHAPITRE VII

LES POUVOIRS ADMINISTRATIFS ET STATUTAIRES

---

192. — La théorie du *détournement de pouvoir* (1) constitue peut-être le chef-d'œuvre de notre Conseil d'État, la plus harmonieuse construction juridique qu'il ait érigée dans la plénitude de sa juridiction souveraine ; suivant le mot de M. Hauriou, toute cette théorie, si équitable et si ingénieuse, n'est qu'« un jaillissement de directives » ; elle est aussi l'un des plus beaux hommages qui aient été jamais rendus aux notions de mobiles et de but, dans le domaine du droit.

C'est qu'en effet, le détournement de pouvoir est « le fait d'une autorité administrative qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence, *ratione personæ*, tout en observant les formes, tout en ne commettant aucune violation de la loi, *use de son pouvoir dans un but et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré*, c'est-à-dire *autres que ne le veut la morale administrative* (2) ». Le juge scrute ici les mobiles de l'agent ; il confronte les directives

(1) Sur le détournement de pouvoir, cons. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11e éd., p. 419 et s. ; *Précis élémentaire*, p. 197 et 198 ; notes dans *Sirey*, 1901.3.57 ; 1905.3.17 ; 1925.3.33 ; *Police juridique et fond du droit*, dans la *Rev. trim. de droit civil*, 1926, p. 265, notamment p. 308 et s.

(2) HAURIOU, *Précis élémentaire*, p. 197. — Comp. les définitions analogues données par M. BERTHÉLEMY, *Traité de droit administratif*, 10e éd., p. 998, et par M. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, nº 324.

auxquelles il a obéi avec les directives de l'institution (1) ; si celles-là ne coïncident pas avec celles-ci, c'est que l'administrateur a détourné ses pouvoirs de leur destination normale ; la décision prise dans ces conditions, dans cette fausse direction, s'en trouve viciée, encore qu'elle soit formellement, spécifiquement irréprochable : elle pourra être annulée grâce au recours pour excès de pouvoir, dont le détournement constitue une des quatre ouvertures, et la plus originale.

Les applications de cette vue de l'esprit juridique administratif sont de tous les jours, notamment en matière de police municipale, laquelle doit être mise au service de la sécurité, de la salubrité, de la moralité publiques, et non point à la remorque des intérêts privés, ou des exigences fiscales, ou de sentiments personnels, d'animosité et de vengeance. Sera donc annulée la décision par laquelle un maire interdirait aux voitures d'un seul entrepreneur de stationner dans sa commune, pour y prendre ou y déposer des voyageurs, et cela dans le but d'assurer à un concurrent un monopole de fait (2) ; ou l'arrêté prescrivant que toutes les denrées seront transportées au marché afin qu'elles y acquittent des droits de place (3) ; ou la défense faite à une société musicale, et à elle seule, de paraître sur la voie publique (4) ; ou la révocation d'un agent de police pour la raison qu'il avait trop bien rempli son devoir (5) ; ou les décisions qui tendraient à préparer ou à réaliser une expropriation de façon à priver le propriétaire des garanties ou des réparations qui lui sont assurées par la loi (6). Il serait superflu de prolonger une énumération

(1) HAURIOU, articles précités dans la *Rev. trim.*, 1926, p. 282.
(2) Cons. d'Et. 2 août 1870 (D. P. 1872.3.27).
(3) Cons. d'Et. 21 déc. 1900 (S. 1903.3.57, note HAURIOU).
(4) Cons. d'Et. 1er juill. 1898.
(5) Cons. d'Et. 16 nov. 1900 (S. 1901.3.57, note HAURIOU ; D. P. 1902.3.10) ; — Comp. l'arrêt *Boudaz*, du 30 juill. 1915.
(6) Cons. d'Et. 26 nov. 1875 (D. P. 1876.3.41) ; 3 août 1900 (S. 1902.3.41, note HAURIOU) ; 17 janv. et 14 févr. 1902 (S. 1903.3.97, note HAURIOU).

que l'on trouve dans tous les traités de droit administratif (1) et qui est présente à toutes les mémoires : du moment que l'agent a utilisé ses pouvoirs en vue d'un but autre que celui qui leur était assigné, il les a détournés de leur destination, il les a faussés, et son acte tombe sous le coup du recours pour excès de pouvoir. C'est le triomphe de la moralité sur la légalité (2), de l'esprit de l'institution sur la lettre de la loi (3) ; c'est la consécration officielle de la notion du *but* dans le droit.

193. — Et alors, le rapprochement s'impose entre ces deux grandes floraisons voisines, la théorie civiliste de l'abus des droits et la théorie administrative du détournement de pouvoir ; ne faut-il pas y voir deux rameaux issus d'une souche commune, deux manifestations d'une seule et même idée, à savoir que nos prérogatives, qu'elles soient d'ordre privé ou bien d'ordre public, qu'elles ressortissent à notre personnalité même ou bien à la fonction dont nous sommes investis, ont une valeur sociale et non point abstraite ; qu'elles doivent donc se réaliser socialement, en conformité du but auquel elles répondent, but variable, sans doute, avec les pays, les époques et les rapports juridiques, mais but qui se retrouve partout et toujours, qui forme l'essence même de nos droits et en dehors duquel ceux-ci perdraient jusqu'à leur raison d'être et jusqu'à leur justification ?

Cette affinité entre les deux institutions du droit civil et du droit administratif ne saurait être contestée ; elle a été relevée par nombre d'auteurs, notamment par M. Demogue (4) et par M. Hauriou, qui l'avait déjà signalée en 1905 dans une importante et suggestive note de jurisprudence (5) et qui a insisté à nouveau, soit dans son *Précis élémentaire de droit*

(1) V. notamment le *Précis de droit administratif* de M. Hauriou, p. 421 et s.
(2) Hauriou, *op. cit.*, p. 419 et 420.
(3) Rolland, *op. cit.*, n° 324.
(4) Demogue, *Traité des obligations*, t. IV, n° 692.
(5) S. 1905.3.17.

administratif (1), soit dans un article paru en 1926, dans la *Revue trimestrielle de droit civil* (2) ; pour l'éminent juriste, les deux théories dérivent de cette idée que, dans la vie sociale, toute institution a un but dont il ne dépend pas des particuliers ni des administrateurs de la faire dévier ; destinées à réaliser la notion de *but* dans le droit, elles ne peuvent être qu'étroitement apparentées.

Seulement, parenté n'est point identité, et M. Hauriou, après avoir signalé la nécessité de discriminer les deux théories, recherche le critérium de la distinction (3). Il le trouve, d'abord dans une différence de procédure, nous dirions de sanction, car le détournement de pouvoir aboutit à l'annulation de la décision exécutoire incriminée, au lieu que l'action fondée sur un abus de droit tendrait simplement à l'obtention d'une indemnité, la théorie de l'abus étant une théorie de « réparation du préjudice » ; nuance plus accusée qu'elle ne semble d'abord, puisqu'elle découlerait d'une autre différence, en quelque sorte organique celle-là, à savoir que la thèse de l'abus du droit « se rattache *au fait de l'exécution* et à des circonstances qui peuvent être en partie étrangères à la décision exécutoire (4) », tandis que la théorie du détournement de pouvoir s'attaque à l'acte incriminé lui-même et abstraction faite du préjudice qu'il est susceptible de causer (5).

(1) P. 192 de ce traité dans la deuxième édition ; l'auteur constate que le détournement de pouvoir est « une notion apparentée à celle de l'abus du droit ».

(2) HAURIOU, *Police juridique et fond du droit, Rev. trim.*, 1926, p. 265.

(3) M. DEMOGUE (*op. cit., loc. cit.*) observe que le détournement paraît plus large que l'abus, car on exige de l'administrateur, non seulement un acte exempt de malveillance, mais encore un acte « conforme à la bonne administration ». Mais nous considérons que l'abus peut exister en dehors de toute malveillance et du moment que son titulaire n'en a pas respecté la destination (*infrà*, 3e partie).

(4) M. HAURIOU cite comme exemple d'acte abusif indépendant de toute décision exécutoire les *passages à tabac* dont sont parfois accompagnées les arrestations opérées par des policiers. Mais n'est-ce pas là un acte accompli sans droit bien plutôt qu'un acte simplement abusif ?

(5) HAURIOU, note S. 1905.3.17.

Et l'auteur conclut qu'il « vaut mieux tabler sur l'indépendance réciproque des deux théories (1) ».

194. — A vrai dire, nous ne voyons pas très bien comment cette conclusion peut se concilier avec d'autres affirmations du même auteur qui considère que le détournement de pouvoir est « une notion apparentée à celle de l'abus du droit (2) ». Mais surtout, il nous apparaît que les différences dégagées par le savant publiciste ne correspondent pas à la réalité des choses. Comme nous l'avons déjà constaté à maintes reprises, et c'est un point sur lequel nous reviendrons, la sanction de l'abus n'est point nécessairement d'ordre pécuniaire et indemnitaire ; fréquemment, et autant qu'il est possible, elle intervient en nature, affectant alors parfois l'aspect d'une nullité, ou encore celui d'un refus d'action (3) ; d'autre part, si le succès de la demande est subordonné à l'existence d'un préjudice, il n'est point nécessaire que ce préjudice soit d'ordre matériel ; un dommage moral, une atteinte portée à la considération de la victime suffisent à justifier sa plainte. Enfin, il ne nous paraît pas très juste d'opposer la *décision exécutoire*, prise par un administrateur, aux *faits d'exécution* qui seuls, pour M. Hauriou, entreraient en jeu pour la constitution de l'abus ; cette opposition est spécieuse plutôt qu'effective, elle est dans les mots plus que dans la réalité, puisque, dans bien des cas, la décision administrative incriminée aura, par elle-même, toute la valeur d'un fait d'exécution, comme si l'employé d'une commune est révoqué par le maire pour cause de ressentiment personnel, *ab irato* : décision exécutoire et exécution se confondent alors, comme se confondent souvent, dans la vie privée et quant à l'exercice des droits

(1) *Ibid.* — Il semble bien que M. Politis prenne la même position dans son importante étude sur *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, p. 83 et s. ; cependant, il reconnaît que « la notion de l'abus a pénétré dans le droit public par le moyen du détournement de pouvoir » (p. 85).

(2) *Précis élémentaire*, p. 197.

(3) *Infrà*, nos 324 et s.

civils, l'acte dommageable et le dommage causé. En réalité, dans le domaine du droit administratif comme dans celui du droit privé, on voit parfois le titulaire d'une prérogative l'exercer dans une fausse direction et accomplir un acte qui constitue un contre-sens juridique ; d'où la sanction qui intervient alors, sous des aspects variables, mais pour la même raison et dans le même but : il s'agit toujours d'assurer l'exercice et la réalisation des droits en conformité de leur finalité, de leur destination sociale ; et c'est pourquoi nous persistons à voir, dans l'abus des droits et dans le détournement de pouvoir, deux institutions sœurs, ayant chacune son individualité certes, et se réalisant par des procédés différents, mais issues du même sang et répondant à la même pensée ; ou, plus exactement et plus précisément, la deuxième théorie nous apparaît comme un rameau détaché de la première, comme son adaptation aux droits ressortissant à la fonction publique, à peu près comme la tierce opposition réalise l'adaptation de l'action paulienne aux décisions judiciaires : lorsqu'un administrateur commet un détournement de pouvoir, c'est encore et du même coup un abus de droit dont il se rend coupable, avec cette seule particularité que l'abus intéresse un droit attaché à la fonction publique et non point à la fonction privée : la procédure à suivre pourra bien s'en trouver influencée (1), mais non l'essence même du recours (2).

195. — Sans doute, cette circonstance est de nature à compliquer le problème et même à l'obscurcir ; l'esprit de la fonc-

(1) On sait notamment que le recours pour excès de pouvoir, dont le détournement de pouvoir ne représente qu'une des quatre ouvertures, doit être intenté dans un délai de deux mois (loi du 13 avr. 1900, art. 24).

(2) M. DEMOGUE semble bien, en somme, adopter le point de vue que nous défendons ici lorsqu'il écrit que « si les deux théories (abus et détournement) tendent à se ressembler par un même critère téléologique, elles diffèrent profondément par leur mise en œuvre. Elles n'en manifestent pas moins une même tendance, une même préoccupation de l'emploi du droit dans un but social », *op. cit.*, t. IV, n° 692.

tion est d'autant plus malaisé à dégager qu'il vient fréquemment se heurter à des prétentions fort respectables, émises par des intérêts antagonistes ou par des institutions puissantes ; en sorte qu'il ne suffira pas toujours à l'agent, pour justifier son acte, de prouver que son but exclusif a été de servir les intérêts de l'établissement dont il est le représentant ; car, on pourrait peut-être lui reprocher précisément d'avoir poussé trop loin le souci de ces intérêts et d'avoir dépassé la mesure permise : « *Ne quid nimis* ». Ainsi concevrait-on que le chef d'un service, par exemple le gouverneur de la Banque de France fît, du droit que lui confèrent les statuts de cet établissement de procéder librement aux promotions de grade du personnel, un usage abusif encore que conforme aux intérêts apparents et immédiats de l'Institut national d'émission, comme s'il se laissait guider par le désir de nuire au syndicat des employés, par la volonté de détruire leur « Amicale » en réservant tous les avantages de la carrière au personnel non-syndiqué ; pareille attitude, adoptée dans le seul but de défendre l'institution et apparemment conforme à son esprit, risquerait de se heurter aux protestations et aux légitimes intérêts des syndicats professionnels, qui ont conquis, eux aussi, le droit à l'existence (1).

196. — On pourrait également supposer — et la pratique nous en offre un exemple — que l'administration d'un établissement causât un préjudice à un de ses ressortissants, par excès de zèle, en multipliant, pour éviter toute erreur et toute surprise, des formalités encombrantes et superflues. Le chef de ce service n'avait en vue que les intérêts de la maison dont la direction lui avait été confiée ; sa bonne foi était entière, et cependant sa responsabilité, ou du moins celle de l'éta-

(1) C. d'Et. 17 juill. 1925 (S. 1925.3.33, note HAURIOU). Dans l'espèce, le Conseil d'Etat, se cantonnant sur une question de forme, n'a pas cru devoir examiner le fond même du litige, qui a été abordé, tant par le commissaire du Gouvernement dans ses conclusions que par M. HAURIOU dans la note précitée.

blissement qu'il représente, pourra être engagée à raison du « formalisme étroit » auquel il a obéi : à vrai dire, c'est la caricature de l'institution, plutôt que son véritable esprit dont il s'était inspiré en l'occurence ; l'égoïsme fonctionnel doit comporter des limites, fût-ce celui d'une administration publique (1).

Dans un ordre d'idées voisin, il n'appartient pas au médecin traitant d'un asile d'aliénés de retenir les lettres écrites par un pensionnaire de l'établissement, alors du moins que pareille mesure ne se justifierait ni par l'intérêt du malade ni par celui des tiers, et alors même qu'il serait démontré que celui dont elle émane n'avait agi ni malicieusement, ni de mauvaise foi ; seules, les nécessités du traitement ou la sauvegarde des droits d'autrui seraient de nature à mettre le médecin à l'abri de toute responsabilité (2).

Enfin, le Conseil de l'Ordre des avocats qui, lorsqu'il statue sur l'admission d'un candidat au stage, fait acte d'administration judiciaire, ne doit s'inspirer, pour admettre ou pour écarter un postulant, que du bien du service ; il commettrait un abus de droit s'il se laissait guider, pour évincer un candidat, par des considérations d'ordre politique ou d'intérêt pécuniaire ou encore par des sentiments d'animosité personnelle (3).

197. — De l'abus des pouvoirs administratifs, il convient de rapprocher, ne fût-ce que pour mémoire, l'abus des pouvoirs dont sont investis, de par les statuts, les organes délibérants ou exécutifs d'une société de capitaux — assemblées d'actionnaires, conseil d'administration ou gérants. — Nous avons eu précédemment l'occasion de mentionner des décisions de justice qui ont annulé, pour cause d'abus, telle délibération

(1) Civ. 29 janv. 1920 (S. 1923.1.319). L'établissement en cause était la Caisse des dépôts et consignations, représentée en l'occurrence par le trésorier-payeur général de la Haute-Garonne.
(2) Civ. 6 mai 1936 (S. 1937.1.217, note L. HUGUENEY).
(3) Dijon, 6 févr. 1934 (D. P. 1934.2.17, note J. APPLETON).

prise par une assemblée générale, ou qui ont alloué des dommages-intérêts à ceux qui s'en trouvaient lésés injustement (1): comme la fonction publique et comme les droits privés individuels, les droits statutaires qui font la transition entre ceux-ci et celles-là, sont soumis à cette forme commune de la superlégalité : l'esprit même de l'institution qui ne saurait être transgressé impunément, fût-ce sous le couvert et avec la complicité d'un texte légal, conventionnel ou réglementaire ; la lettre tue, et seul l'esprit vivifie.

(1) *Suprà*, nos 132, 133 et 134.

CHAPITRE VIII

LE DROIT INTERNATIONAL, PRIVÉ ET PUBLIC

---

198. — Nous avons montré que le concept du mobile, et par conséquent celui de l'abus, dominent à peu près tous les rapports du droit interne, sans distinguer entre le droit privé et le droit public, et réserve faite seulement pour quelques rares prérogatives souveraines qui sont considérées comme portant en elles-mêmes leur propre raison d'être et leur finalité. Mais la loi suprême du but n'est pas l'apanage de notre législation nationale ; son action n'expire pas à nos frontières : le droit international lui-même y est soumis, dans une proportion qui ne pourra que s'accroître à mesure que les relations entre peuples et entre individus ressortissant à des pays différents gagneront en réglementation et en moralité. Comme on l'a écrit avec beaucoup de justesse et d'autorité, « l'individualisme national est, comme l'individualisme privé, un véritable anachronisme dans la communauté internationale où la conception de l'indépendance a fait place à celle de l'interdépendance. — La tendance du droit international est la même que celle du droit interne. C'est de soumettre tous les actes à la légalité (1) ».

Pour exposer cette emprise du concept de l'abus sur le droit international, nous distinguerons les deux maîtresses

(1) POLITIS, *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, p. 87.

branches, d'ailleurs très étroitement apparentées (1) dans lesquelles il se ramifie et qui correspondent, l'une au droit privé, l'autre au droit public.

199. — I. — *Le droit international privé*. — On désigne sous cette rubrique « la branche du droit qui a pour objet les rapports de droit privé qui contiennent un élément étranger (2) », rapports singulièrement variables et complexes, dont la réglementation est encore, sur la plupart des points, à l'état embryonnaire.

Tout au moins ces rapports sont-ils dominés par quelques grands courants d'idées, quelques *standards*, qui sont acceptés par tous les pays suffisamment évolués et dont la valeur tend donc à l'universalité : parmi ces *standards* figure au premier plan ce principe que les institutions à caractère international ne doivent jamais être mises au service de la fraude et, d'une façon plus précise, qu'elles ne sauraient être utilisées en vue de faire échec aux institutions nationales des particuliers ; principe de raison, et aussi principe de conservation sociale, à l'abri duquel chaque Etat peut affirmer sa souveraineté sur ses propres ressortissants. Ainsi s'est constituée et s'est développée la théorie dite *théorie de la fraude à la loi* qui reçoit son application dans différents domaines, notamment en matière de nationalité et de mariage, et pour ce qui concerne la forme des actes (3).

(1) Des auteurs éminents ont protesté, avec raison pensons-nous, contre l'opposition trop accusée que l'on établit si volontiers entre le droit international privé et le droit international public qui constituent, en réalité, les parties intégrantes d'un même tout et qui ressortissent à un même système de droit international (*Sic*. JITTA, *La rénovation du droit international*, p. 5 ; — J. W. GARNER, *La reconstitution du droit international*, p. 7 ; — SCELLE, *Précis de droit des gens*, II ; *Essai sur les sources formelles du droit international*, dans *Les Sources du droit, Rec. en l'honneur de* F. GÉNY, t. III, p. 414.

(2) Nous empruntons cette définition à M. JULES VALÉRY, *Manuel de droit international privé*, nº 4.

(3) Sur cette théorie de la fraude à la loi Cons. VALÉRY, *op. cit.*, nºs 207 et 412. PILLET et NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, nºs 112, 330, 456 et 476. BARTIN, *Etudes de droit international privé*, p. 189, notamment p. 246 et s. ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE,

200. — Sur le premier point, il est admis, tant en jurisprudence qu'en doctrine, que *la naturalisation* est inopérante lorsqu'elle tend, dans la pensée de celui qui l'a recherchée, à échapper à l'application des lois françaises pour obtenir un résultat auquel celles-ci s'opposent : exonération des charges militaires (1), mariage clandestin, divorce plus facile ; de telles facilités peuvent bien être la conséquence d'un changement de nationalité : elles ne sauraient en constituer le but, la raison d'être ; elles seront obtenues par surcroît, à la suite d'une naturalisation régulière ; elles ne doivent pas déclencher la volonté de changer de patrie, volonté qui en deviendrait incorrecte, illicite et inopérante. Nombreuses sont les applications qui ont été faites de ces principes par nos tribunaux, à propos d'affaires retentissantes, comme l'affaire de Bauffremont (2) ou l'affaire Vidal (3), dans lesquelles, le plus souvent, le candidat à la naturalisation se proposait, en changeant de pays, d'obtenir des facilités de divorce qui lui étaient alors refusées par la loi française. La procédure s'était déroulée régulièrement, en général du moins ; les conditions de forme et les conditions de fond requises pour la naturalisation se trouvaient réunies ; l'acte était donc régulier si on ne l'envisageait qu'intrinsèquement, en l'isolant des mobiles d'où il était sorti ; mais, du moment qu'on évoquait ces mobiles, il devenait intolérable, inadmissible ; il devait être

Précis de droit international privé, 3e éd., nos 114, 262, 324 ; DEMOGUE, *Obligations*, t. II, nos 1133 et s. ; ARMINJON, *Théorie de la fraude à la loi en matière de mariage*, *Rev.* LAPRADELLE, 1910 ; *La fraude à la loi*, CLUNET, 1920 et 1921 ; JEAN PERROUD, *La fraude en droit international privé*, CLUNET, 1926, p. 19 ; DESBOIS, *La fraude à la loi et la jurisprudence française*, thèse, Paris, 1927 ; AL. LIGEROPOULO, *Le problème de la fraude à la loi*, thèse, Aix, 1928 ; JEAN BAZ, *Essai sur la fraude à la loi en droit musulman*, thèse, Lyon, 1938.

(1) Ce but ne peut plus être atteint depuis que notre loi exige, pour la naturalisation des Français soumis aux obligations de l'armée active, l'autorisation du Gouvernement (C. civ., ancien art. 17-1° ; L. 10 août 1927, art. 9-1° § 2).

(2) V. le jugement du tribunal civil de la Seine, 10 mars 1876 et l'arrêt de la cour de Paris, 17 juill. 1876 (D. P. 1878.2.1).

(3) Trib. civ. Seine, 31 janv. 1877 et Paris, 30 juin 1877 (D. P. 1878.2.6) ; Civ. 18 mars 1878 (S. 1878.1.193).

destitué des effets en vue desquels il était intervenu; il avait un caractère abusif.

C'est en effet à la notion de l'abus que nos tribunaux ont fait appel pour affirmer la nullité des naturalisations opérées sous la pression de mobiles illicites ; le tribunal civil de la Seine, notamment, s'en est expliqué, à plusieurs reprises, dans des termes catégoriques ; pour lui, l'acquisition d'une nationalité effectuée dans de telles conditions, « ne saurait constituer l'exercice légitime d'une faculté conférée par la loi... *elle n'en serait que l'abus* (1) » ; « elle doit constituer de la part du Français qui l'obtient, l'exercice d'un droit légitime, et non l'*abus d'une faculté* que cesserait par là même de couvrir la protection légale (2) ». Après cela, il importe assez peu de rechercher si l'inefficacité d'une telle naturalisation s'explique par la disposition de l'article 1809 du code civil relative au contrat de société et elle-même sous la dépendance de l'idée de but (3), ou, d'une façon plus générale et plus vague, par les besoins de l'ordre public (4) : il nous suffit de constater que notre jurisprudence la rattache au concept de l'abus et que cette position se justifie par le caractère essentiellement téléologique de cette théorie de la fraude à la loi (5).

200 *bis*. — Comme la naturalisation, *le mariage* est susceptible de faire fraude à la loi, ayant été conclu par des époux de nationalités différentes en vue d'un but qui ne cadre pas avec l'esprit de l'institution : bien résolus à ne pas se comporter comme des gens mariés, à ne pas faire vie commune, ils se sont unis en vue d'un but illicite et afin d'échapper à

(1) Jugement du 10 mars 1876.
(2) Jugement du 31 janv. 1877.
(3) VALÉRY, *op cit.*, nº 207 ; Comp. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op. cit.*, nos 114 et 263 ; sur le rattachement de la disposition de l'article 1869 c. civ. à l'idée d'abus du droit de résiliation des contrats, V. *suprà*, nº 140.
(4) PILLET et NIBOYET, *op. cit.*, p. 415.
(5) *Sic*. POLITIS, *op. cit.*, p. 91 : « C'est encore de la notion de l'abus du droit que s'inspire, en droit international privé, la théorie spéciale de la fraude à la loi. »

l'application d'une disposition légale ; c'est une étrangère qui, menacée d'expulsion, épouse un ressortissant dont elle acquerra la nationalité, échappant ainsi à l'éventualité qu'elle redoutait ; ou bien elle se propose, grâce à sa nouvelle nationalité, de bénéficier des secours de l'Etat ou d'une commune. Dans ces conditions, le mariage devient une comédie, un acte de pure forme, pour l'accomplissement duquel le mari complaisant percevra un salaire et qui sera assez fréquemment suivi d'un divorce rapide.

La pratique de ces *mariages fictifs* s'est suffisamment implantée en Suisse pour qu'elle y fasse l'objet des préoccupations des pouvoirs publics et des juristes (1), lesquels tombent d'accord sur la nécessité d'y mettre fin, mais diffèrent sur les moyens à employer pour y parvenir, les uns considérant que de telles unions sont nulles en vertu de l'article 20 du code fédéral des obligations et en raison de l'immoralité de son objet ou de son but ; d'autres se référant au concept de la simulation pour refuser toute validité à l'acte, ou encore à la notion de l'inexistence, tandis qu'un parti, qui s'affirme de plus en plus fort, recourt à l'idée de fraude à la loi, et, plus spécialement à la théorie de l'abus des droits, en demandant qu'il soit fait application à de tels mariages de la disposition de l'article 2 du code civil fédéral suisse, aux termes duquel « l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi », et en prétendant tirer de ce texte une action en nullité (2).

201. — L'application des règles relatives à *la forme des actes* provoque des constatations du même genre et une conclusion identique. En principe, c'est un droit pour des Français résidant à l'étranger que de donner aux actes qu'ils passent les formes prescrites par la loi locale : *locus regit*

(1) V. ALBERT RICHARD, *Les mariages fictifs*, dans le *Bull. de la Société de législation comparée*, 1937, p. 337.

(2) *Sic*. ALBERT RICHARD, *op. cit.*, p. 347 ; ALFRED SIEGWART, *Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten*, 1936 ; EGGER, *Familienrecht*.

actum ; les contrats auxquels ils participent en conformité de la *lex loci actus* sont pleinement valables et produisent, dans notre pays même, tous les effets qui y sont attachés par la loi française. Toutefois, cette facilité laissée aux parties comporte des limites subjectives ; elle ne doit être utilisée qu'à bon escient, de bonne foi ; il est permis d'en user, non d'en abuser ; et ce serait en abuser que de s'en servir dans le but d'échapper à l'application des lois impératives de notre pays, par exemple aux formalités instituées par notre code civil pour la célébration du mariage, pour la rédaction d'une donation ou d'un contrat de mariage, ou encore pour la constitution d'une société. L'acte accompli à l'étranger dans un tel esprit, avec la préoccupation d'éluder les prescriptions de la loi française, de faire fraude à cette loi, doit être considéré comme nul, parce que frauduleux ; intrinsèquement irréprochable, il est atteint d'un vice originel qui en détermine l'inefficacité : le ver est dans le fruit qui n'est sain qu'en apparence ; la substitution de la loi locale à la loi française est une facilité, une commodité laissée aux Français qui résident à l'étranger ; elle ne saurait devenir une machine de guerre dirigée discrétionnairement contre la loi française pour en ruiner l'influence et en restreindre la souveraineté : *fraus omnia corrumpit* (1).

Cette limitation à l'emprise de la règle *locus regit actum* est acceptée par notre jurisprudence qui en a fait un fréquent usage, en matière de mariage et de société notamment ; c'est ainsi que peut être déclaré nul le mariage qu'un fils n'a contracté à l'étranger que dans le but de se soustraire à l'obligation de demander la main levée de l'opposition formée par sa mère (2), et aussi l'union que les époux auraient formée en terre étrangère afin d'éluder les règles de publicité posées par la loi française, car « il appartient au juge du fait

(1) V. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op.cit.*, nº 324.
(2) Req. 5 juill. 1905 (D. P. 1905.1.471 ; S. 1906.1.141).

de décider, par une appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause, si les parties, qui sont allées contracter mariage en pays étranger, ont entendu faire fraude à la loi française et éluder les formalités exigées par celle-ci (1) ». En ce qui concerne les sociétés, on sait que notre jurisprudence, tout en admettant que la nationalité de l'entreprise est déterminée par le lieu où elle a fixé son siège social (2), excepte le cas où ce lieu n'aurait été choisi au delà de nos frontières que pour soustraire la société à l'emprise de la loi française ; s'il en était ainsi, la théorie de la fraude à la loi entrerait en action et la société, dépouillée du masque dont on a prétendu l'affubler, serait considérée comme étant de nationalité française, en considération de son siège social véritable qui doit avoir le pas sur un siège purement fictif et frauduleux ; en conséquence, elle pourra être déclarée nulle si elle ne réunit pas les conditions de validité exigées par notre législation : ici encore, la règle *locus regit actum* sera écartée, pour cause d'utilisation frauduleuse et abusive.

202. — A vrai dire, ces solutions, constantes en jurisprudence (3), ne sont pas unanimement acceptées par la doctrine ; des auteurs de grande autorité en contestent le bien-fondé (4) ; les arguments sur lesquels ils étayent leur résistance sont, en définitive, ceux-là même dont on s'est servi pour combattre, en thèse générale, la doctrine de l'abus des droits : on invoque

(1) Req. 3 janv. 1906 (D. P. 1906.1.207). Arrêt précité du 5 juill. 1905 ; la même formule se retrouve, *mutatis mutandis*, dans l'arrêt du 3 janv. 1906.

(2) V. sur cette jurisprudence, PIC, *Des sociétés commerciales*, 2e éd., t. III, nos 2067 et s. ; LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 3e éd., t. I, nos 730 et s.

(3) V. outre les décisions mentionnées ci-dessus pour les mariages célébrés à l'étranger, et en ce qui concerne pus spécialement la nationalité des sociétés, Req. 22 déc. 1896 (D. P. 1897.1.159; Paris, 20 juin 1874, D. P. 1876.5.222 ; et d'autres décisions citées par M. PIC, *op. cit.*, t. III, p. 665, note 1.

(4) BARTIN, *Etudes*, p. 244 et 272 ; WEISS, *Manuel de droit international privé*, p. 386, 7e éd. ; *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. III, p. 110 ; AUDINET, no 358.

notamment la maxime *nominem lædit qui suo jure utitur* et les difficultés, ainsi que les dangers auxquels se heurterait la recherche des mobiles auxquels les parties ont obéi en contractant en pays étranger ; nous retrouverons ces arguments lorsque, dans la troisième partie de cette étude, nous réaliserons la partie dogmatique et constructive de notre tâche (1); pour le moment, nous nous contenterons de remarquer que le premier d'entre eux constitue une pétition de principes, puisqu'il résout la question par la question, et que le deuxième ne résiste pas à cette constatation que les tribunaux procèdent constamment à des investigations d'ordre psychologique, notamment lorsqu'ils apprécient la bonne ou la mauvaise foi d'un contractant ou d'un plaideur ou d'un possesseur ; ce n'est donc pas leur trop demander que de soumettre à leur recherche et à leur appréciation les raisons pour lesquelles les parties ont situé l'opération dans un cadre étranger. S'il en était autrement, si la règle *locus regit actum* était d'une application absolue, la réglementation formelle de notre droit deviendrait lettre morte pour les nationaux à qui des ressources abondantes permettraient d'accomplir le voyage libérateur : comme on l'a remarqué, les pauvres gens seuls, étant condamnés à la sédentarité, subiraient véritablement le joug de la loi nationale (2). Aussi la majorité des auteurs se refusent-ils à consacrer cette injustice et approuvent-ils la jurisprudence dans son œuvre moralisatrice (3).

La pénétration du concept de l'abus dans le domaine du droit international privé peut donc être considérée comme une conquête définitive de notre droit positif français.

(1) *Infrà*, nos 252 et s.

(2) VALÉRY, *op. cit.*, no 412.

(3) VALÉRY, *op. cit.*, *loc. cit.* ; PILLET et NIBOYET, *op. cit.*, *loc. cit.* ; AUBRY et RAU, 4e éd., t. I, § 31, note 82 ; SURVILLE et ARTHUYS, no 196 ; DESPAGNET, no 214 ; PIC, *op. cit.*, t. III, nos 2078 et 2079 ; LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. I, no 731.

203. — II. — *Le droit international public*. — Ici, la pénétration est moins accusée, en tout cas moins visible, et nul ne saurait s'en étonner puisque l'organisation juridique n'a pas atteint, dans les rapports entre nations, le même stade de développement que dans les rapports entre particuliers, même ressortissant à des nations différentes ; puisque, dans la vieille conception du droit des gens, les Etats sont autant de souverains indépendants qui vivent chacun sa vie, au-dessus et en dehors de ses sujets et qui ne sont soumis à une règle de droit que dans la mesure où, par un phénomène d'autolimitation, ils consentent librement, spontanément, à s'y plier.

Mais cette antique notion de la souveraineté des Etats a fait son temps ; elle touche à son déclin, obscurcie qu'elle est par les grandes idées de solidarité et d'interdépendance humaines, valables pour les peuples comme pour les individus : et d'ailleurs, qu'est-ce donc qu'un Etat sinon un groupement d'individus qui n'existe que par eux et pour eux ? Le droit des gens règle les rapports entre des hommes appartenant à des communautés politiques différentes, et non pas entre des puissances surhumaines, entre des monstres tout-puissants ; il doit donc, comme toutes les autres branches de la science juridique, être déterminé par des buts humains et sociaux ; il doit être orienté vers une fin déterminée de laquelle il ne saurait être détourné sans devenir l'occasion d'un abus qui appellerait, sous une forme ou sous une autre, une sanction ; et ainsi, on a pu dire qu'il « arrive à un véritable tournant de son histoire (1) » ; et que, dans le domaine international même, « l'idée d'un droit déterminé par des buts sociaux commence à pénétrer dans les esprits (2) ».

(1) POLITIS, *op. cit.*, p. 5.
(2) POLITIS, *op. cit.*, p. 89. — Comp. J. W. GARNER, *Des limitations à la souveraineté nationale dans les relations extérieures*, dans la *Rev. de droit int. et de législation comparée*, 1925, p. 36 ; DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 551.

C'est qu'en effet aucun obstacle de principe ne s'oppose à l'extension de la thèse de l'abus aux rapports entre les nations dont les droits sont de même origine et de même essence que toutes les autres prérogatives juridiques ; un droit des gens *totalitaire*, abstrait et non causé serait aussi haïssable et aussi logiquement incompréhensible qu'un droit interne détaché de toute finalité ; il constituerait une curiosité, une survivance de l'âge des cavernes, digne de figurer dans un musée historique ; pas plus que les individus, les Etats ne constituent à eux-mêmes leur propre raison d'être ; ils n'existent et ils ne se justifient qu'en vue de l'utilité générale ; l'égoïsme ne peut être un idéal, ni pour les peuples, ni pour les individualités ; il se dévore lui-même, vivant sur sa substance ; tout organisme est dirigé vers un but qui, par définition même, lui est extérieur, et l'individualisme national intégral, total, n'est pas plus rationnellement concevable ni plus bienfaisant que l'individualisme privé : pas de droit sans but, et pas d'exercice régulier d'un droit en dehors de la poursuite du but légitime, tel est le double postulat qui doit dominer les rapports entre les Etats aussi bien que les relations entre les particuliers.

On peut même estimer que son urgence est plus grande encore dans le premier domaine que dans le second : comme nous avons eu déjà l'occasion de le constater, et comme nous l'établirons à nouveau par la suite (1), plus une prérogative est réglementée et moins elle devient susceptible d'abus ; les frontières objectives, si elles sont précises, enlèvent beaucoup de son utilité à la notion de l'abus ; elles la font reculer, pratiquement du moins. Au contraire, cette même notion devient indispensable et efficiente pour les droits qui ne sont ni définis, ni nommés et qui font partie intégrante de cette souche commune de tous les droits, la liberté. Or, les rapports entre Etats sont, à notre époque encore, infiniment moins réglementés et précisés que ne le sont les relations entre les

(1) V. *suprà*, n° 19 ; *infrà*, 3e partie.

particuliers ou bien entre l'administration et ses propres ressortissants ; et, d'autre part, les prérogatives des Etats tendent à la souveraineté, comme ces Etats eux-mêmes : double raison pour faire appel au concept de l'abus qui conjurera l'emploi arbitraire de facultés imprécises et douées d'une force d'expansion infinie : là où les limitations objectives sont inexistantes ou fragiles, il est plus que jamais indispensable de réaliser la compression bienfaisante par d'autres procédés, en faisant appel à l'idée du but et en utilisant la théorie de l'abus, éclose dans le domaine du droit privé, mais parfaitement susceptible d'être transplantée dans celui des relations internationales.

204. — Telle fut l'opinion du comité de juristes chargé, en 1920, d'élaborer un projet de statut pour la cour permanente de justice internationale ; ayant à déterminer et à définir les principes généraux dont la haute juridiction aurait à s'inspirer au cours de sa mission, ce comité cita, à titre d'exemple, et à côté du principe du respect de la chose jugée, la théorie de l'abus des droits (1).

M. Politis, qui s'est constitué si brillamment le champion de cette théorie (2), a montré quels services elle serait susceptible de rendre dans le domaine international, par exemple en matière d'immigration ; elle permettrait en effet de résoudre le conflit qui met en présence le pays migrateur et le pays d'immigration, et cela grâce à une comparaison, à une pesée des intérêts en présence qu'elle mettrait en rapport avec les intérêts de la communauté humaine : sans doute, chaque Etat a le droit de défendre ses particularités ethniques, son individualité propre, lesquelles risqueraient d'être altérées et irrémédiablement compromises par un afflux illimité d'éléments étrangers ; mais il abuse de son droit s'il prétend

(1) *Procès-verbaux des séances du Comité*, La Haye, 1920, p. 314 et 315, 316 et 335. — POLITIS, *op. cit.*, p. 91.
2) POLITIS, *op. cit.*, notamment p. 77 et s.

s'opposer à l'immigration, même dans la mesure où elle ne présente pas un tel danger, où elle n'excède pas sa faculté d'assimilation. Aussi l'Institut de droit international considère-t-il que les mesures restrictives doivent être enfermées « dans les limites rigoureuses des nécessités d'ordre social et politique (1) » ; ce qui revient à dire qu'elles doivent se justifier par un motif légitime, et ce qui nous ramène, sans conteste, au concept de l'abus des droits, tel qu'il est compris et appliqué en législation interne.

205. — Mais ce n'est pas sous une forme purement doctrinale que ce concept s'est infiltré dans le domaine du droit des gens ; dès maintenant, il a fait sentir son action dans la vie des nations où sa réalisation est assurée par le jeu des négociations diplomatiques et de l'arbitrage. M. Politis a montré comment cette action s'était fait sentir soit dans l'exercice de la faculté qui est reconnue aux belligérants de bloquer les ports ennemis (2), soit dans celui de la faculté d'expulsion que le droit international reconnaît aux Etats à l'encontre des étrangers se trouvant sur leur territoire (3). Cette dernière application est particulièrement caractéristique : il est de jurisprudence arbitrale constante que la liberté d'expulsion comporte des limites subjectives tirées des motifs auxquels obéit l'Etat qui la met à profit ; à maintes reprises il a été jugé que ces motifs devaient être pertinents et sérieux, à peine de dommages-intérêts encourus par le contrevenant ; l'expulsion sans juste motif est arbitraire, donc illicite et génératrice de responsabilité pour l'Etat qui y a procédé injustement (4). Sans doute, le mot d'abus ne figure pas dans les décisions arbitrales intervenues en ce sens ; mais, à défaut

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XVI, p. 262 et s. ; 276 et s.
(2) Politis, *op. cit.*, p. 94.
(3) *Ibid.*, p. 101.
(4) V. les décisions évoquées par M. Politis, *op. cit.*, p. 104 et s. notamment dans les affaires *Boffolo* et *Ben Tillett*.

du mot, la chose s'y trouve, incontestablement ; elle transparaît clairement dans les notions « d'acte arbitraire », de « motifs insuffisants », « d'excès de pouvoir », de « faute » auxquelles se réfèrent constamment les arbitres. Dans la pratique internationale actuelle, le droit d'expulsion ne peut être impunément exercé que de bonne foi, à bon escient, conformément à l'esprit de l'institution tel qu'il est révélé par les exigences de l'ordre international.

Il est donc bien vrai que « le dogme de la souveraineté est périmé », qu'il ne correspond plus à l'état actuel de la civilisation et qu'il doit céder le pas, avec le principe de l'interdépendance des nations, aux notions de but et de finalité qui trouvent leur expression pratique et leur sanction dans le concept universel de l'abus des droits.

DEUXIÈME PARTIE

L'abus des droits en législation et en jurisprudence comparées [1].

---

206. — L'étude du droit comparé est éminemment instructive par les directives qui s'en dégagent, par l'orientation qu'elle est susceptible de fournir pour le plus grand profit du jurisconsulte, du magistrat, du législateur lui-même à qui elle est de nature à éviter des hésitations, des divergences et jusqu'à des contre-sens juridiques ; elle nous fait connaître, en effet, avec les aspirations et les tendances des peuples à civilisations équivalentes, les grands courants juridiques et sociaux qui composent, dans leur ensemble, ce qu'on a accoutumé d'appeler le *droit commun législatif*. C'est dire l'intérêt puissant que présente une investigation dirigée auprès des grands peuples modernes, et portant sur le problème de la relativité des droits.

207. — *Plan*. Par les positions qu'ils ont prises sur ce problème fondamental, ces peuples se classent actuellement en trois catégories.

Dans la première, nous rangeons ceux d'entre eux qui sont dotés d'une législation finaliste, et nous entendons par là

(1) Cons., pour l'ensemble des législations, DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. IV, nos 693 et s. ; CAMPION, *La théorie de l'abus des droits*, nos 298 et s. ; M. MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, thèse, Lyon, 1936, préface de M. EDOUARD LAMBERT.

ceux qui ont inscrit, sous une forme générale et dans leur droit écrit, le principe de l'abus (Allemagne, Suisse, etc.).

La deuxième catégorie comprend les pays qui, sans avoir donné au concept de l'abus la valeur d'une règle générale écrite, en subissent cependant profondément l'influence et dont le droit positif, législatif ou jurisprudentiel, s'en trouve comme imprégné (France, Belgique, Italie, etc.).

Enfin, nous situerons dans une troisième catégorie, les nations qui sont en principe et d'instinct réfractaires à la notion de la relativité et chez qui l'emporte, sous le bénéfice de dérogations de plus en plus nombreuses, la doctrine de l'absolutisme des droits (Angleterre, Etats-Unis).

CHAPITRE PREMIER

LES LÉGISLATIONS FINALISTES

---

208. — Il existe, à l'heure actuelle, au moins quatre grandes législations qui portent inscrit à leur fronton le principe cardinal de la relativité et de la finalité des droits (1) : ce sont, dans l'ordre chronologique, les codes civils de l'Allemagne, de la Suisse, de l'Autriche et de la République des Soviets. Comme nous le verrons, la dernière de ces législations mérite, avec le code civil suisse, d'être mise à part à raison de la portée particulièrement compréhensive qu'elle a donnée au concept de l'abus : à la différence des codes civils allemand et autrichien, qui donnent à ce concept une valeur strictement *intentionnelle*, elle a adopté un critérium emprunté à la destination économique et sociale des droits, un critérium véritablement *fonctionnel*, infiniment plus large et plus souple que le précédent. Cette différence capitale appelle une subdivision de ce chapitre en deux sections correspondant aux deux points de vue dont nous venons de noter la divergence.

(1) En France, la question s'est posée, devant la commission de réforme du code civil, de savoir s'il ne conviendrait pas d'inscrire, au seuil même de ce monument législatif, une formule donnant expressément droit de cité au concept de l'abus. L'avis négatif l'emporta, mais à égalité des voix,et pour des raisons étrangères à la valeur intrinsèque de ce concept ; ce sont des motifs d'opportunité, de technique législative, qui ont déterminé la commission, à une égalité de faveur, à s'en tenir au *statu quo* (V. le *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 323).

SECTION I.

Législations à critère intentionnel.

209. — Nous retenons, dans cet ordre d'idées ainsi délimité, les codes civils de l'Allemagne (1900), de l'Autriche (Code de 1811, modifié en 1916) et de la République de Chine.

210. — I. — *Allemagne*. — Le Code civil allemand renferme un grand nombre de dispositions dans lesquelles la conception de l'abus se trouve expressément invoquée à l'occasion de l'exercice d'un droit déterminé : tels l'article 1357 pour la faculté qui appartient au mari de restreindre ou d'exclure le pouvoir d'administration domestique de la femme (1), ou l'article 1358 pour le droit de dénonciation reconnu au mari en ce qui concerne l'engagement que la femme aurait assumé en vertu de ce même pouvoir domestique (2), ou encore l'article 1353 pour le droit qui appartient à chacun des époux, lorsqu'ils vivent séparés, de demander le rétablissement de la vie commune (3). Ce sont là, assurément, des dispositions intéressantes, mais nettement spécialisées, et ce ne sont pas elles qui nous permettraient de ranger le code civil allemand au nombre des législations systématiquement finalistes.

Avec l'article 138, nous nous acheminons vers la systématisation, sans toutefois l'atteindre encore complètement. Ce texte, un des plus importants de la codification et dont nous avons eu déjà l'occasion de signaler l'existence (4), a pour but

(1) C. civ. allemand, art. 1357, § 2 : « Le mari peut restreindre ou exclure le droit de la femme. Si cette restriction ou cette exclusion se présente comme un abus du droit du mari, elle peut à la requête de la femme, être supprimée par le tribunal des tutelles... »

(2) Art. 1358, § 2 : « ... Le tribunal des tutelles peut suppléer l'assentiment du mari..., si le refus d'assentiment se présente comme un abus de son droit... »

(3) Art. 1353, § 2 : « Si la demande de l'un d'eux, en vue du rétablissement de la vie commune, se présente comme un abus de son droit, l'autre n'est pas tenu d'y donner suite. Il en est de même, lorsque l'autre époux est fondé à agir en divorce. »

(4) *Suprà*, n° 103.

essentiel de frapper les contrats léonins, les actes lésionnaires ; la théorie qu'il institue à ce sujet présente cette double originalité, d'abord d'être expressément rattachée à la théorie plus ample qui frappe de nullité les actes contraires aux bonnes mœurs, puis et conséquemment, d'être conçue sur le type subjectif et intentionnel : l'acte lésionnaire n'est nul que s'il a un caractère immoral, ce qui suppose, non seulement une « disproportion choquante » entre les prestations correspondantes, mais encore une disproportion recherchée, voulue, imposée par le plus fort au plus faible dont il a *exploité* « le besoin, la légèreté ou l'inexpérience », en un mot dont il a abusé. Sans aucun doute possible, ce que le législateur allemand a voulu prévenir et réprimer par cette disposition sévère, c'est l'abus contractuel, l'abus commis dans les tractations et dans la formation du contrat ; disposition d'une grande envergure sans doute, puisqu'elle vise tous les actes juridiques, mais dans laquelle on ne peut pas découvrir encore la consécration systématique et standardisée du concept de l'abus.

211. — Pour la rencontrer enfin, il faut se reporter à deux autres fragments du même code, les articles 226 et 826 (1).

Article 226 : « L'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui » ;

Article 826 : « Quiconque intentionnellement cause dommage à un autre d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs est obligé envers cet autre à la réparation du dommage. »

La combinaison de ces deux textes ne va pas sans soulever des difficultés ; comme on l'a remarqué, le premier est conçu dans des termes plus subjectifs que le second, puisqu'il se réfère exclusivement à l'intention de nuire, laquelle n'apparaît, dans le dernier, que comme l'un des éléments du délit et à côté, voire même au-dessous de cet autre élément essentiel

(1) Nous citons ces textes d'après la traduction qui en est donnée officiellement par le ministère de la Justice, t. I, p. 334, et t. II, p. 392.

l'atteinte portée aux bonnes mœurs (1). Aussi s'est-on demandé si l'une de ces dispositions ne commande pas à l'autre, et, si oui, laquelle (2).

Nous pensons que ces deux textes, élaborés sous l'empire de conceptions opposées, ont, en réalité, des domaines d'applications différents, le premier visant les abus commis dans l'exercice de droits définis, tandis que le deuxième est destiné à réprimer les abus inhérents à la réalisation de la liberté elle-même. Ce cantonnement nous paraît ressortir des cadres mêmes dans lesquels sont insérés les deux dispositions : alors que l'article 226 commande à une section intitulée « *De l'exercice des droits, de la défense personnelle, de la justice personnelle* », l'article 826 figure dans le titre consacré aux « *faits illicites* » et se meut donc à peu près dans le même ordre d'idées que l'article 1382 de notre code civil français. L'argument fourni par cette localisation est encore renforcé par cette particularité que la disposition de l'article 226, dans sa teneur primitive et telle qu'elle avait été comprise par le Bundesrath, visait uniquement le droit de propriété, c'est-à-dire la prérogative nommée et définie par excellence (3) ; sans doute, le Reichstag lui a ensuite donné une signification plus étendue, mais tout en restant dans la ligne primitive et sans aller jusqu'à placer sous sa maîtrise les abus de la liberté même : ce sont ces abus que prévoit et que réprime, sur un type plus objectif et dans des termes moins étroits, la disposition de l'article 826.

Si cette interprétation est fondée, il faut y voir la confirmation législative, pour le droit allemand, de cette idée déjà exprimée et sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, que, plus une prérogative est vague, et plus il devient nécessaire d'en comprimer la réalisation antisociale par le concept de

(1) SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, 2e éd., p. 370, note 1 ; et *trad. offic.* du code civil allemand, t. I, p. 334 et s.
(2) *Ibid.* ; PLANCK, *Burg. Gesetzbuchs*, t. I, p. 279.
(3) SALEILLES, *op. cit., loc. cit.*

l'abus : là où la lettre est muette, l'esprit de l'institution joue un rôle de premier plan ; en l'absence de frontières expressément tracées par le législateur, une limitation finaliste devient l'unique ressource du juge, et son devoir impérieux (1).

212. — De toute façon, il faut d'ailleurs convenir que le système composite du code civil allemand est marqué au coin d'une extrême prudence, surtout en tant qu'il vise l'exercice des droits définis ; seule, l'intention de nuire est alors constitutive de l'abus, et encore à la condition qu'elle soit intégrale, c'est-à-dire seulement lorsqu'il ne serait pas possible d'expliquer autrement l'acte accompli. Du moment qu'une autre explication est concevable, et notamment lorsque la genèse de l'acte est complexe, l'agent ayant obé[1] à différents mobiles dont l'intention de nuire, l'article 226 ne joue plus et le droit a été correctement exercé (2). C'est la vieille conception du droit romain, la conception la plus étroite, qui a ainsi prévalu dans la grande codification allemande, tout au moins en ce qui concerne les droits proprements dits, c'est-à-dire ceux qui ont conquis leur individualité par rapport à la liberté.

Du moins est-il certain qu'on a voulu, en édictant ces dispositions, « donner satisfaction à la bonne foi et empêcher l'usage strict du droit » mais affirmer que « le contenu d'un droit n'est jamais illimité, et que ses limites dépendent au contraire de la conception que l'on se fait de la morale sociale » et consacrer solennellement ce principe qu'« un fait antisocial ne peut jamais être un fait licite » (3). La consécration de la théorie de l'abus est ici incontestable et c'est seulement dans la réalisation qu'elle subit, pour des motifs d'ordre technique et aussi, à raison du conflit entre deux con-

(1) *Infrà*, 3e partie.
(2) V. la note qui accompagne, dans l'édition officielle, l'art. 226 (t. I, p. 334).
(3) SALEILLES, *op. cit., loc. cit.*

ceptions opposées, l'une purement subjective, l'autre mêlée d'objectivité, des restrictions qui en conditionnent la portée et l'efficacité, mais qui n'en font pas disparaître la profonde signification juridique et sociale.

213. — II. — *Autriche.* — Le code civil autrichien de 1811 ne contenait pas de disposition générale concernant la relativité des droits ; on y trouvait seulement des applications spécialisées, par exemple dans l'article 364 aux termes duquel « le droit de propriété ne peut être exercé au préjudice des droits des tiers, et qu'à la charge de respecter les limites fixées par la loi dans l'intérêt de l'ordre et du bien général (1) ». Mais le texte constituait une dérogation au droit commun, consigné dans l'article 1305, d'après lequel « on ne répond pas du dommage que l'on cause à autrui en usant de ces droits (2) ». L'Autriche vivait donc, sauf exception, sous le régime de la légalité, de l'absolutisme des droits.

Mais cette situation a été revisée au cours de la dernière guerre : un décret impérial du 19 mars 1916 a modifié profondément le code civil de 1811, et le nouvel article 1295, dans son deuxième alinéa, oblige à indemnité celui qui exerce son droit au mépris des bonnes mœurs et avec l'intention évidente de nuire à autrui (3). On remarquera ici encore, et davantage même que dans le code civil allemand, le cumul des points de vue objectif et subjectif : simultanément, la loi s'en réfère au critère social des bonnes mœurs et au critère individuel et subjectif de l'intention de nuire ; mais il semble bien que ce second critère soit essentiel, et on s'explique donc que la nouvelle disposition n'ait pas abouti à des résultats

(1) DEMOGUE, *op. cit.*, t. IV, n° 696.
(2) DEMOGUE, *ibid.*
(3) Karl ADLER, *Chronique de législation*, dans les *Annales de droit commercial*, 1921, p. 145, et notamment p. 148. Sur le caractère et les tendances du code civil autrichien revisé, cons. la communication de M. de GALLAIX, dans le *Bull. de la Société de législation comparée*, 1926, p. 501.

pratiques bien importants (1) ; en faisant de l'intention de nuire le centre de gravité de la théorie de l'abus, le législateur autrichien de 1916 adoptait la conception la plus étroite et enlevait à son innovation la plus grande part de l'utilité qu'elle aurait pu présenter (2).

213 *bis*. — III. — *Chine*. — Le code civil de la République de Chine, œuvre intéressante, très moderne, à la préparation et à la confection de laquelle M. Jean Escarra, conseiller du Gouvernement chinois, a pris une part importante devait naturellement s'expliquer sur la thèse de l'abus des droits ; il l'a fait en termes extrêmement laconiques, dans le livre Ier, lequel est entré en vigueur à la date du 10 octobre 1929. Aux termes de l'article 148, « l'exercice d'un droit ne peut avoir pour but principal de nuire à autrui ». C'est donc un système téléologique à base réduite qui prévaut dans la grande République d'Extrême-Orient ; seule, l'intention de nuire à autrui est constitutive de l'abus ; mais on n'exige pas qu'elle résume en elle tous les mobiles de l'acte ; c'est assez qu'elle en constitue la trame psychologique principale ; la valeur morale d'une action se caractérise par le but principal que poursuivait son auteur, non par les fins secondaires et accessoires qu'il pouvait envisager par surcroît (3).

SECTION II.

Législations à critère fonctionnel.

214. — A la différence des législateurs allemand et autrichien qui, dans leur construction de l'abus des droits, ont fait

(1) Karl ADLER, *ibid*.

(2) Ces lignes ont été écrites avant que l'*Anschluss* n'eût fait rentrer l'Autriche dans la communauté politique du Reich allemand.

(3) Aux termes de l'art. 149, celui qui agit pour défendre ses droits ou les droits d'autrui contre une attaque illégale, n'engage sa responsabilité qu'autant qu'il a « dépassé le degré nécessaire ». On voit alors apparaître l'abus commis dans l'exercice d'une défense qui, envisagée dans son principe, était légitime, mais qui est devenue incorrecte par l'intensité de sa réalisation.

prédominer le critère intentionnel, le code civil fédéral de la Suisse et surtout le code civil des Soviets ont évoqué un critère essentiellement social et fonctionnel, et ont ainsi donné à la théorie une ampleur infiniment supérieure en la haussant jusqu'à l'esprit même des différentes institutions sur lesquelles elle exerce son contrôle : chaque droit est considéré, surtout dans la conception soviétique, comme ayant une fonction sociale dont il ne saurait être détourné par la volonté du titulaire ; c'est cette fonction qui constitue les assises mêmes de la théorie de l'abus, et non plus seulement l'intention de nuire : l'édifice, élevé sur ces bases élargies, est autrement imposant que celui du droit germanique et, plus anciennement, celui du droit romain.

Plus récemment encore, les codes des obligations de la Pologne et du Liban ont adopté cette large conception à laquelle se rattachent également le projet d'un code franco-italien des obligations et le projet de Code civil italien.

215. — I. — *Suisse*. — La législation fédérale suisse renferme, à l'instar de la grande codification allemande, un certain nombre de dispositions qui donnent, à la thèse de la relativité des droits, une satisfaction partielle et localisée : au premier rang d'entre elles, on doit mentionner l'article 21 du Code fédéral des obligations du 30 mars 1911 qui constitue la réplique à l'article 138 du Code civil allemand et qui contient une théorie fort intéressante de la lésion dans les contrats, théorie subjective, à base de mobile et tendant à réprimer l'exploitation de l'une des parties par l'autre, c'est-à-dire l'abus contractuel (1).

(1) Cette disposition est ainsi conçue : « En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience. Le délai d'un an court dès la conclusion du contrat. » Cette disposition vise principalement les conventions usuraires, mais elle régit théoriquement toutes les opérations lésionnaires. (V. le *Com-*

Mais c'est dans le code civil suisse de 1907, entré en vigueur le 1er janvier 1912, que la relativité des droits acquiert la valeur d'un principe général. Aux termes de l'article 2 : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. — L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. »

La comparaison de ce texte s'impose avec la disposition précitée de l'article 226 du code civil allemand, et d'autant plus que leur histoire est, sur un point, identique : car l'avant-projet du code fédéral, de même que celui du Bundesrath, ne visait qu'un seul droit, la propriété (1), mais la théorie fut par la suite étendue à tous les droits, sans distinction, et elle le fut dans des termes qui lui donnent une signification et une ampleur bien supérieures à celles qu'elle revêt en Allemagne.

Car, dans le système du code civil suisse, l'intention de nuire cesse d'être l'élément unique et exclusif de l'abus ; comme le constatent MM. Rossel et Mentha (2), il importe peu qu'elle soit exclusive, simplement prépondérante, ou même absente ; la victime n'a pas à prouver que l'auteur de l'acte a voulu lui nuire, mais seulement qu'il a abusé de son droit et qu'un préjudice en est résulté pour elle ; et c'est donc au juge qu'il appartiendra de se faire une juste conception de l'abus ; il le fera en se conformant aux directives que lui donne l'article 4, en appliquant « les règles du droit et de l'équité (3) », en tenant compte des « circonstances (4) » et des « justes motifs (5) » ; ainsi compris, l'article 2 confère aux tribunaux « un très grand pouvoir, dont ils ne se serviront qu'à bon escient (6) » ; car, « cette sorte de recours général est une arme qui, maniée imprudemment et à tout propos, pourrait être très

mentaire du code fédéral des obligations, de SCHNEIDER et FICK, t. I, p. 63).

(1) DEMOGUE, *op. cit.*, t. IV, p. 392.
(2) ROSSEL et MENTHA, *Manuel de droit civil suisse*, t. I, p. 68.
(3) C. civ. suisse, art. 4.
(4) *Id.*
(5) *Id.*
(6) ROSSEL et MENTHA, *op. cit.*, t. I, p. 68.

dangereuse (1) ». Dès maintenant, il est acquis que la négligence frivole est elle-même constitutive d'abus (2), et aussi l'exercice d'un droit dans des conditions telles qu'il nuira à autrui, en pure perte et sans que le titulaire puisse invoquer l'existence d'un intérêt patrimonial (3) : les prérogatives, même les plus certaines, même les plus sacrées, doivent être exercées correctement, avec prudence, *civiliter* ; car la bonne foi ne consiste pas seulement à éviter la malice et la malveillance ; elle réclame encore le respect des légitimes intérêts d'autrui et de la fonction sociale des différents droits.

Il convient d'ajouter que la sanction de l'abus peut consister, non seulement dans la réparation du préjudice éprouvé, mais aussi dans la suppression de l'abus, c'est-à-dire dans une satisfaction en nature (4).

Tels sont les principes que le législateur suisse a voulu inscrire au fronton même de son œuvre, dans le titre préliminaire du code civil de 1912, œuvre souple et humaine, inspirée d'un large souffle social et, à notre avis, bien supérieure à la grande codification allemande dont la valeur technique incontestable ne va pas sans une roideur stérilisante et dont le libre essor a été entravé, comme il apparaît pour la théorie de l'abus, par le conflit qui s'est élevé entre l'influence romaine et l'influence nationale, conflit qui a trop souvent abouti à une formule transactionnelle et étriquée, comme l'est celle de l'article 226 du code civil qui constitue une concession au passé plutôt qu'une vue sur l'avenir.

216. — II. — *République soviétique*. — La législation soviétique, plus encore que le code civil suisse, a répudié cette technicité du droit qui constitue la caractéristique de la codi-

(1) Rossel et Mentha, *ibid.*
(2) Rossel et Mentha, p. 67.
(3) Rossel et Mentha, *ibid.*
(4) Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 68. — Art. 28 c. civ. fédéral : « Celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser... ».

fication allemande ; plus que lui aussi, elle s'inspire du point de vue social auquel elle subordonne, souvent de façon excessive, le point de vue individuel. Cette forte tendance étatiste devait la conduire à orienter l'exercice des droits dans un sens fonctionnel, à le soustraire aux fantaisies et aux égoïsme individuels pour le maintenir dans la direction sociale.

Et effectivement, le code civil de 1923 (1) s'ouvre par cette disposition suprême qui commande à toute la législation soviétique :

« Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans les cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale (2). »

Avec cette formule, qui rappelle celle de l'article 2 du code civil suisse, nous voilà bien loin de cette conception étriquée du code civil allemand (3), et, avant lui, du droit romain, qui identifie l'abus des droits avec la seule, avec l'exclusive intention de nuire ; l'abus n'est plus d'essence intentionnelle, mais de signification « économique et sociale » ; chaque prérogative, si individuelle qu'elle paraisse, a une mission collective à remplir ; et, du moment qu'elle s'écarte de cette mission, fût-ce sans mauvaise intention et même inconsciemment, elle fait fausse route et ne pourra donc plus espérer la protection de la loi, organe des intérêts de la communauté sociale (4).

(1) Sur le code civil des Soviets, V. la communication faite à la *Société de législation comparée*, par le baron Boris NOLDE, *Bulletin mensuel de la Société*, 1923, p. 231 ; et l'introduction de M. Ed. LAMBERT à la traduction des codes soviétiques, t. IX de la *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon*, p. 1.

(2) Nous empruntons la traduction de M. PATOUILLET, *Les Codes de la République soviétique*, t. IX dans la *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon*.

(3) *Suprà*, nos 211 et s.

(4) On retrouve cette conception, à propos du projet de codification du droit civil en Pologne, sous la plume de M. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, membre de la commission de codification. Ce professeur propose un article 10 ainsi conçu : « Est nulle et sans effet, l'obligation qui est contraire au but social et économique déterminé par la loi » ; l'art. 12, § 1 stipule que « l'obligation devient caduque si son but social

Le concept de l'intention s'efface ou s'atténue pour faire place au concept du but ; ce qui ne veut pas dire, d'ailleurs, que le système soviétique rejette tout élément subjectif, car on s'inquiète toujours, avec lui, comme dans notre système jurisprudentiel français, des raisons qui ont incité le titulaire du droit à en faire tel ou tel usage et de toutes les circonstances de la cause ; mais cette investigation n'est effectuée qu'en vue de savoir si la fonction sociale du droit a été respectée dans l'espèce, et c'est en ce sens que le système soviétique est essentiellement fonctionnel, par opposition à la conception traditionnelle qui est tout imprégnée de subjectivité, qui est à base d'intention ; on ne dit plus : « à chacun selon ses intentions » mais bien : « à chacun selon la conformité de ses actes à la finalité sociale de ses droits ». L'abus des droits s'identifie avec le détournement de droits.

Cette identification éclate, non seulement dans l'article 1er du code civil soviétique, mais aussi dans d'autres dispositions du même code, notamment dans l'article 30 aux termes duquel : « Est nul l'acte juridique passé dans un but contraire à la loi ou pour tourner la loi, de même que l'acte juridique visant manifestement à léser l'Etat. » Ainsi, détourner un droit privé, et par exemple un droit contractuel de sa destination, c'est commettre un acte de même nature que si l'on vise à léser l'Etat lui-même ; conception essentiellement étatiste, sans doute, et presque panthéiste, mais conception profondément sociale et dont l'intérêt ne saurait être contesté : jamais les notions de but, de finalité sociale n'avaient encore reçu une consécration aussi solennelle et aussi générale, et il est évident qu'une disposition comme celle qui a été placée au seuil du code civil soviétique est de nature à marquer profondément de son empreinte toute la législation, et par con-

et économique déterminé par la loi ne se réalise pas » ; et l'art. 13 : « Devient caduque l'obligation, contractée en vue d'un but social ou économique futur, si ce but ne se réalise pas. Il ne sera pas tenu compte de la cause de non réalisation. » (*La Thémis polonaise*, édit. française, 3e série, 2e vol., p. 13 et 14).

séquent toute la vie de la communauté sociale qu'elle est appelée à régir et dont elle commande les destinées (1).

216 *bis*. — III. — *Pologne* et *Liban*. — On peut ranger sous une même rubrique les codes polonais et libanais des obligations qui sont rigoureusement contemporains l'un de l'autre (2) et qui donnent au concept de l'abus la même étendue, la même portée, les mêmes contours.

Article 124 du code libanais « Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré (3). »

Article 135 du code polonais : « Celui qui, intentionnellement ou par négligence, a causé un dommage à autrui en exerçant son droit, est tenu de le réparer, s'il a dépassé les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré (4). »

MM. Henri et Léon Mazeaud observent que cette dernière disposition « sacrifie à la fois à la notion de faute et à celle du but social », et ils en concluent qu' « il est difficile de savoir à quelle conception se sont ralliés ses rédacteurs » (5) ; pour notre part, nous n'éprouvons aucun embarras à ce sujet ; les deux critères auxquels se réfèrent les deux codes ne s'excluent pas l'un l'autre ; ils se complètent parfaitement ; ce qui est à prendre en considération, en thèse générale, c'est

(1) D'après le baron NOLDE (communication précitée, p. 239), le législateur des Soviets aurait puisé sa conception fonctionnelle des droits dans l'œuvre scientifique de M. DUGUIT, et notamment dans le volume consacré aux transformations du droit privé depuis le code Napoléon.

(2) Le code polonais des obligations est entré en vigueur à la date du 1er juillet 1934, le code libanais des obligations à celle du 11 octobre de la même année.

(3) Sur le code libanais des obligations, V. l'article de CHOUCRI CARDAHI, *Bull. de la Société de législation comparée*, 1931, p. 629.

(4) Sur le code polonais des obligations, V. LONGCHAMPS DE BÉRIER, communication faite à la Société de législation comparée, dans le Bulletin de cette Société, 1935, p. 329 ; H. CAPITANT, Préface à la traduction française de ce code.

(5) H. et L. MAZEAUD, t. I, nº 592.

le but du droit, c'est sa fonction ; maintenant, il est bien évident que ce but aura été manqué, que cette fonction aura été méconnue du moment que le titulaire du droit l'aura exercé contrairement à la bonne foi ; c'est un standard mondialement reçu que la mauvaise foi fait échec à toutes les règles de droit et qu'elle est une source de responsabilité ; en démontrant que cette mauvaise foi a existé, le demandeur établit du même coup que le droit a été dévié du but en vue duquel la loi l'avait conféré à son titulaire ; la mauvaise foi ne saurait être ni à l'origine ni à l'aboutissement d'un acte juridique ; elle ne constitue pas un point de direction valable pour la volonté juridique ; elle est donc, par elle-même, suffisamment démonstrative de la déviation subie par le droit et elle-même constitutive de l'abus de ce droit. En adoptant ces vues et en les consacrant dans les termes où ils l'ont fait, les codes polonais et libanais se sont bien effectivement rangés à la conception fonctionnelle de l'abus des droits.

216 *ter*. — IV. — *Projet franco-italien ; projet de code civil italien*. — Le projet franco-italien d'un code des obligations, tel que la teneur en fut arrêtée à Paris en octobre 1927, contient, dans son article 74, une formule également caractéristique, celle-là même qui figure dans l'article 124 du code libanais et que ce dernier texte a emprunté littéralement.

Or, le projet de code civil italien s'est approprié, purement et simplement ou à peu près, les dispositions contenues dans le projet franco-italien qui, après avoir été conçu sous l'angle international, recevra donc, sans doute, sa première consécration, dans les limites de la souveraineté de l'Etat fasciste : simple projet sur le plan international, le code des obligations deviendra d'abord une réalité sur le plan du droit italien positif interne.

CHAPITRE II

LES SYSTÈMES JURIDIQUES FAVORABLES A LA CONCEPTION DE LA RELATIVITÉ DES DROITS

---

217. — Nous rangeons sous cette rubrique, ainsi que nous l'avons précédemment annoncé, les pays qui, sans avoir donné à la conception de l'abus la valeur d'une règle générale écrite, lui sont cependant accueillants et dont le droit positif en est comme imprégné, soit par le jeu de textes spéciaux qui en consacrent des applications partielles, soit par l'action de la jurisprudence qui s'en inspire dans ses décisions.

Les systèmes juridiques qui ressortissent à cette deuxième catégorie se rapprochent sensiblement de notre système français, et c'est pourquoi nous n'y insisterons guère, et d'autant moins qu'ils sont d'un type moins accusé que les systèmes des deux catégories précédente et suivante.

Il est naturel que rentrent dans ce deuxième groupe les législations qui ont subi l'influence du Code Napoléon, soit qu'elles l'aient adopté en principe, soit qu'elles en dérivent par leur méthode et par leur esprit.

218. — En Belgique (1) notamment, la théorie de la rela-

(1) Pour l'étude de l'abus des droits en Belgique, V. CAMPION, *La théorie de l'abus des droits*, 1925 ; on trouve dans cet ouvrage une comparaison constante entre le droit français et le droit belge ; PAUL-J. DURAND, *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, 1929.

tivité des droits a eu, sinon dans toutes ses applications, du moins dans les grandes lignes, sensiblement la même fortune que dans notre pays ; c'est-à-dire que, d'une part, elle n'y est formulée, dans sa généralité, par aucun texte, mais qu'en revanche elle y a reçu des consécrations législatives partielles cependant que la jurisprudence s'en inspirait en toute matière ou presque. On peut faire cette constatation pour le droit de propriété (1), pour le recours aux voies légales dont les abus sont réprimés et par le législateur et par la jurisprudence (2), pour le droit d'extérioriser sa pensée, notamment dans le domaine de la critique (3), pour les puissances familiales — autorité paternelle (4) et autorité maritale (5) — pour le droit des contrats envisagé sous ses différents aspects, à propos de la préparation (6), de la conclusion (7), de l'exécution (8), ou de la résiliation (9) des conventions, pour le droit hypothécaire (10), en un mot pour toutes les prérogatives ou peu s'en faut. Sans doute, il ne serait pas difficile de relever des différences entre le droit belge et le droit français ; tantôt c'est celui-ci qui se montre plus favorable que son voisin au concept de l'abus, et tantôt c'est celui-là. C'est ainsi que la jurisprudence belge est réfractaire à la théorie du détournement de pouvoir qui a été élaborée, avec tant de bonheur par notre Conseil d'Etat (11), tandis qu'à l'inverse la jurispru-

(1) CAMPION, *op. cit.*, nos 49 et s.
(2) *Id.*, nos 93 et s.
(3) *Id.*, nos 110 et s. La Cour de cassation belge a déclaré, depuis longtemps, que « les délits de presse ne sont autres que ceux qui se commettent par *l'abus de ce droit.* » (25 mars 1839, *Pasic.*1839.1.55).
(4) *Id.*, nos 133 et s.
(5) *Id.*, nos 123 et s.
(6) *Id.*, nos 149 et s.
(7) *Id.*, nos 155 et s.
(8) *Id.*, nos 205 et s.
(9) *Id.*, nos 205 et s.
(10) *Id.*, no 288.
(11) CAMPION, *op. cit.*, no 294. La Cour de cassation belge a proclamé à maintes reprises que « le pouvoir judiciaire ne peut pas refuser d'appliquer un règlement fait dans les limites des pouvoirs conférés en recherchant les mobiles qui ont déterminé l'administration à prendre des mesures réglementaires » (29 juin 1920, *Rev. de l'administration*, p. 354).

dence belge a dégagé avec plus de netteté que la nôtre ce principe que celui-là abuse de son droit qui, ayant plusieurs manières de l'exercer, choisit, sans nécessité, sans utilité, celle qui sera préjudiciable à autrui (1). Ce sont là des variantes inévitables : dans l'ensemble, et compensation faite entre les avantages remportés de part et d'autre par la théorie de l'abus, on peut conclure au parallélisme à peu près constant du droit français et du droit belge qui ont atteint le même stade dans l'évolution tendant à la socialisation de toutes les facultés juridiques.

219. — L'Italie et l'Espagne monarchique, pays de culture latine, sont parvenues, elles aussi, au même développement : on chercherait vainement dans leur législation écrite un texte donnant droit de cité, en thèse générale, à l'idée de relativité ; mais leur codes contiennent différents textes qui réalisent des adaptations partielles de cette idée à des institutions déterminées, tels, pour la puissance paternelle, l'article 833 du code civil italien qui vise expressément les *abus* de cette puissance et l'article 171 de l'ancien code civil espagnol qui ressortit au même ordre de préoccupation, ou, pour la résiliation unilatérale des sociétés, les articles 1733 et 1734 de la première de ces codifications, textes auxquels il convient d'ajouter l'article 158 du code de commerce italien et les dispositions de différents décrets (2), et, pour l'Espagne, les articles 1705 et 1706 du code civil qui, comme l'article 1869 de notre code civil français, prévoient et répriment la renonciation faite par l'un des associés de mauvaise foi, de façon inopportune ou intempestive. Bien entendu, la théorie de la cause vient apporter son tribut, en Italie comme en Espagne, à l'idée de but dans les contrats (3) ; et il y a lieu de signaler

(1) V., notamment, pour le droit de propriété, CAMPION, *op. cit.*, n° 54, et, pour le droit hypothécaire, n° 288.

(2) V. la chronique de M. FUBINI, dans la *Rev. trim. de droit civil*, 1917, p. 347 ; 1925, p. 756.

(3) C. civ. italien, art. 53 et 54 ; C. civ. espagnol, art. 43 et 44.

que, dans ces deux pays, la responsabilité de l'auteur de la rupture des fiançailles est consacrée par un texte formel pour le cas où son repentir ne s'appuierait pas sur de justes motifs. Enfin et surtout, la jurisprudence et la doctrine ont une tendance, notamment en Italie (1), à faire subir au droit strict la discipline de l'abus, et cette directive a conduit, pour des droits tels que la propriété ou le recours aux voies légales à des résultats comparables à ceux qui ont été obtenus et réalisés en France (2).

220. — Les pays scandinaves appellent des observations du même genre ; il y a lieu de signaler notamment que les abus du droit de propriété y sont prévus et réprimés par des textes législatifs (3), ainsi que les abus auxquels peut donner lieu le droit de résiliation unilatérale des fiançailles (4).

221. — Le droit musulman (5) mérite une mention toute spéciale à raison de l'imprégnation particulièrement profonde que lui a fait subir la notion de l'abus ; phénomène tout naturel et même inévitable, puisque ce droit est dans un contact étroit avec la morale et avec la religion, puisqu'il est, en

(1) V. pour la doctrine italienne, CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno* ; *Diritto civile*, p. 126 ; ANCONA, *Degli atit ad emulazione in materia di proprieta*, *Archivio giuridico*, t. LII, p. 292 ; BRUNETTI, *Il delitto civile* ; G. NOTO SARDEGNA, *L'abuso del diritto*, 1907 ; Mario ROTONDI, *L'abuso di diritto*, dans la *Rivista di diritto civile*, 1923, p.24-95.

(2) NOTO SARDEGNA, *op. cit.* ; Cass. Rome, 5 mai 1905 (*Corte d'Ancona*, 352) ; 7 nov. 1905 (*La Legge*, 1906, 227) ; Palerme, 23 mars 1905 (Foro Siciliano, 254).

(3) LEHR, *Droit civil de Scandinavie*, p. 68 ; CAMPION, *op. cit.*, nº 353.

(4) Loi suédoise du 12 nov. 1915.

(5) V. la thèse de Mahmoud FATHY sur *la doctrine musulmane de l'abus des droits*, Lyon, 1913 (dans la *collection du séminaire oriental d'études juridiques et sociales*) ; et l'étude de M. le doyen MORAND, *Etudes de droit musulman algérien*, p. 297 et s. V. aussi BICHARA TABBAH, *Du heurt à l'harmonie des droits*, thèse, Lyon, 1936 ; la deuxième partie de cet important ouvrage est intitulée : « *Les systèmes philosophico-juridiques du Levant* », p. 633 et s. L'auteur établit une comparaison suggestive et très documentée entre les droits syro-libanais et égyptiens d'une part et le droit européen d'autre part.

somme, la religion et la morale dans la mesure où leur observation est obligatoire ; le concept de l'abus, lui-même essentiellement moralisateur, devait trouver, dans cette organisation juridique, un milieu de culture exceptionnellement favorable. Sans doute, on découvrirait parmi les juristes musulmans, des partisans de la doctrine de l'absolutisme des droits (1) ; mais ceux-là mêmes sont obligés, en fin de compte, de faire sa part à l'idée de la relativité et de l'abus. Et surtout, ils sont débordés par les partisans déterminés de cette idée, par les adeptes de la tendance subjective et moralisatrice, tels que Malek, Hanifah, Ghazaly, qui considèrent que les droits ont une destination sociale et religieuse en vue de laquelle ils doivent être utilisés, à peine de responsabilité du titulaire et dont la doctrine tend à réaliser ce qu'on a appelé heureusement « la primauté de l'humain » (2) ; il n'est pas de droit qui ne puisse être vicié, dans son exercice, par un mobile incorrect : puissance maritale (3), puissance paternelle (4), droit de propriété (5), droit d'ester en justice (6) sont autant de prérogatives sociales et limitées par leur but dont on ne saurait mésuser impunément. Suivant les paroles d'Al Djaouazïah :

« L'intention est l'âme de l'acte, son cœur et son soutien ; le caractère licite ou illicite d'un acte juridique est subordonné au caractère correct ou incorrect du mobile qui a inspiré son auteur. » Le Prophète n'a-t-il d'ailleurs pas dit : « A chacun selon ses intentions ? (7). »

On le voit, la théorie de l'abus revêt, dans le droit musulman un caractère à la fois général, impérieux et subjectif : avec elle,

(1) Par exemple, Chafey's.
(2) B. TABBAH, *op. cit.*, p. 813.
(3) MORAND, *op. cit.*, p. 302 et 307 ; Mahmoud FATHY, *op. cit.*, p. 228 et s. ; B. TABBAH, *op. cit.*, p. 817 et s.
(4) Mahmoud FATHY, p. 226 ; B. TABBAH, *ibid.*
(5) *Id.*, p. 235 ; — MORAND, p. 303 ; — B. TABBAH, p. 895 et s. Le bien *amirié* aménage la propriété en vue de sa fonction sociale, *op. cit.*, p. 914 et s.
(6) Mahmoud FATHY, p. 237.
(7) *Id.*, p. 211.

nous sommes loin de la conception sociale, étatiste, du code civil des Soviets, ou même du système moins fortement accusé du code civil suisse ; ici, la recherche de l'intention domine tout le sujet et pour ainsi dire l'écrase ; l'acte abusif est considéré comme une sorte de péché juridique, et parce qu'il constitue déjà une infraction à la religion ainsi qu'à la morale : le développement de la thèse de l'abus en droit musulman tient à l'interpénétration de ces trois grandes forces sociales : la religion, la morale et le droit ; et il est évident que, dans de telles conditions et dans un tel milieu de culture, cette thèse ne pouvait qu'être spécifiquement et exclusivement subjective.

CHAPITRE III

LES LÉGISLATIONS ABSOLUTISTES

---

222. — Jusqu'à présent, nous avons vu les nations cultivées suivre, avec plus ou moins de hâte et de ferveur sans doute, mais de façon constante et unanime, le grand courant qui les emporte vers un idéal toujours plus social ; mais il est deux pays qui, pendant longtemps, ont résisté à l'attraction quasi universelle et qui demeurent encore, malgré les concessions par eux faites, pendant ces dernières années, au point de vue finaliste, les champions de la doctrine de l'individualisme, de l'absolutisme des droits : ce sont l'Angleterre et les Etats-Unis de l'Amérique du Nord.

223. — *Le principe*. — Individualistes dans leur vie, dans leurs mœurs, dans leur philosophie, les Anglo-Saxons le sont également dans leurs institutions : les droits sont, à leurs yeux, des moyens d'action dont on peut se servir jusqu'au bout, des armes susceptibles d'une utilisation quelconque, dans les limites objectives tracées par la loi ou par la coutume. Le rôle du législateur n'est nullement d'assurer le règne d'une justice distributive, mais bien de mettre chacun à même de développer librement et pleinement ses facultés, de donner toute sa mesure ; ce résultat sera obtenu grâce aux droits qui peuvent être exercés dans toutes les directions, en vue d'un but quelconque et toujours impunément : le pavillon doit couvrir la marchandise en toute occasion. Sans doute, dans la mêlée

juridique, il y aura des victimes, des blessés et des vaincus : mais n'est-ce point là la rançon de l'action, du progrès ? Comment pourrait-on me contraindre à ne jamais préjudicier à autrui ? Je ne saurais satisfaire à cette exigence qu'en demeurant immobile, en n'agissant pas du tout « *not acting at all* (1) », et cette solution de la question sociale n'en est évidemment pas une, surtout pour une race qui a le culte de l'action et l'admiration des « faiseurs d'actes » (2). Un droit doit être absolu dans sa réalisation ou n'être pas.

C'est pourquoi : « en droit anglais, il est définitivement établi qu'un acte qui, sans cela, serait légitime, bien que nuisible, ne donne pas droit à intenter une action pour la seule raison qu'il a été accompli malicieusement, en ce sens qu'il avait un mauvais motif et qu'il était accompli dans l'intention de gêner autrui ou de lui nuire (3) ».

224. — Les applications de ce point de vue sont innombrables ; les juristes anglais et américains les déduisent impitoyablement, avec une dure logique, presque avec orgueil, et notamment un des plus réputés d'entre eux, Frederik Pollock. Dans son livre consacré au droit des délits (4), cet auteur illustre par une multitude d'exemples tirés de la vie de chaque jour, le principe cher à ses compatriotes de l'immunité dans l'exercice des droits (*immunity in exercice of common rights*). C'est l'exemple du propriétaire foncier qui peut user librement de son bien fût-ce dans le but de nuire à son voisin en lui masquant la vue ou en tarissant les eaux qui jaillis-

(1) Fr. Pollock, *The law of torts*, 5e éd., p. 141 et s. — V. aussi : H. C. Gutteridge, *Abuse of rights* ; F. P. Walton, *La responsabilité délictuelle dans le droit civil moderne*, dans le *Recueil d'études en l'honneur d'*Edouard Lambert, t. II, p. 48, notamment p. 61 et s.

(2) Rossevelt, *L'idéal américain*, trad. de Rousiers, p. 50 : « C'est le faiseur d'actes qui compte dans la lutte pour la vie, et non celui qui regarde, sans prendre part au danger, et qui explique comment le combat devrait être fixé. » C'est la réplique au *suave mari magno* de Lucrèce.

(3) F. P. Walton, *op. cit.*, p. 63, traduction Jacques Lambert.

(4) Pollock, *op. cit.*

saient sur son fonds : il creuse un puits profond et il pompe une énorme quantité d'eau en sorte que la rivière qui actionnait le moulin du voisin ne peut plus suffire à sa tâche ; ou bien il pratique une ouverture pour regarder dans le domaine contigu ; en se comportant ainsi, il ne saurait engager sa responsabilité, quand bien même il se proposerait de nuire à autrui, alors même qu'il aurait agi *maliciously* : suivant la jurisprudence de la Chambre des lords, « jamais un usage de la propriété qui serait légitime s'il était inspiré par un motif correct ne saurait devenir illégitime parce qu'il est déterminé par un mobile incorrect ou même malicieux (1) ». C'est l'exemple du patron qui peut congédier un ouvrier ou un employé à son gré, pourvu qu'il respecte les délais d'usage et sans avoir à rendre compte de sa décision : les mobiles qui la lui ont dictée sont indifférents, *immaterial* ; ou encore, c'est le cas du plaideur qui, quelle que soit sa mauvaise foi, ne saurait être condamné envers son adversaire triomphant à des dommages-intérêts, du moins en matière civile : l'abus malicieux des procès civils (*malicious abuse of process, maliciouse civil proceedings*) ne constitue pas un « *actionable wrong* », un tort juridiquement répréhensible, un délit (2).

C'est donc en Amérique (3) comme en Angleterre, avec la glorification de l'action et de l'initiative, le triomphe sans restriction du *summum jus* ; les droits se réalisent abstraitement, dans tous les sens ; ce sont de puissants instruments susceptibles d'être mis au service de tous les désirs, de toutes les passions. C'est la loi de Darwin se réalisant dans le domaine juridique ; les droits assurent le jeu de la concurrence vitale, ils réalisent la sélection de l'espèce par l'élimination des faibles, par le triomphe des plus forts et des plus avisés : les Romains

(1) POLLOCK, *op. cit.*, p. 47 ; F. P. WALTON, *op. cit.*, p. 63.
(2) *Id.*, p. 300 et s.
(3) Au témoignage de Fr. POLLOCK, les solutions qu'il donne pour le droit de propriété ont également cours aux Etats-Unis. — M. CAMPION affirme, de son côté, que le droit américain est plus individualiste encore que le droit anglais (*op. cit.*, nº 361).

ne disaient-ils pas déjà : « *Jura vigilantibus sucurrunt* ? ».

Mais cette conception absolue des droits, si conforme qu'elle fût aux doctrines de la philosophie anglaise, aux lois dégagées par Darwin et par H. Spencer notamment, cette conception forcenée ne pouvait pas subsister intacte, indéfiniment, car en dressant les individus les uns contre les autres, elle était antisociale, génératrice de guerre civile, et, en détachant les actes des mobiles qui les inspirent, en conférant aux droits un caractère abstrait et fantomatique, elle confinait à l'invraisemblance et même à l'absurdité. Un jour est venu où il a fallu déchanter, où l'individualisme anglo-saxon a dû se teinter de socialisme juridique, où le dogme de l'absolutisme a vu se dresser en face de lui le concept social de la relativité des droits.

225. — *Les dérogations à l'absolutisme des droits*. — Elles sont tellement nombreuses et tellement complexes que nous ne pouvons songer à les étudier ni même à les énumérer toutes (1) ; pour beaucoup d'entre elles, dont l'importance est telle qu'elle nécessiterait une étude particulière, nous nous bornerons à renvoyer le lecteur aux travaux qui ont paru dans la *Bibliothèque de l'Institut du droit comparé*, annexé à la Faculté de droit de l'Université de Lyon.

C'est peut-être pour l'emploi des voies légales, et, plus spécialement, pour le droit d'agir en justice, que le fléchissement de l'absolutisme s'est fait tout d'abord sentir en Angleterre; Fr. POLLOCK le note déjà soigneusement dans son livre sur le droit des délits (2) : après avoir posé le principe que le seul fait d'engager malheureusement un procès civil n'est point générateur de responsabilité, le jurisconsulte

(1) V. GUTTERIDGE, *op. cit.* L'éminent juriste observe que, si la thèse de la relativité n'a pas été admise en Angleterre, sous sa forme générale, il serait du moins excessif d'affirmer que le concept de l'abus des droits est entièrement exclu du cercle des institutions anglaises (*op. cit.*, p. 30).

(2) POLLOCK, *op. cit.*, p. 302 et s.

ajoute que cela n'est vrai que des procès ordinaires, mais non point des accusations d'ordre criminel, ni de certaines actions civiles qui sont de nature à porter atteinte au crédit ou à la liberté d'une personne, telle l'action en banqueroute : si pareille instance est engagée sans motif raisonnable, malicieusement, la responsabilité du demandeur se trouve engagée, comme l'ont décidé, au cours du siècle dernier, les juges du Banc du Roi. Ce n'était là d'ailleurs qu'un premier cas : depuis l'époque où Pollock décrivait la situation que nous venons de fixer à grands traits, d'autres étapes ont été franchies, et l'on peut dire qu'actuellement les abus de procédure sont réprimés en Angleterre comme ils le sont dans les pays continentaux (1).

226. — Et même, en un certain sens, la Grande-Bretagne a pris ici l'avance sur les peuples les plus favorables à la relativité des droits ; car son système relatif aux abus de procédure n'est pas seulement répressif ; il est également préventif. En effet, une loi du 14 août 1896 a décidé que, lorsqu'un individu a la fâcheuse habitude d'engager des procès injustifiés, la Haute-Cour peut, sur l'initiative de l'attorney général, lui faire défense d'introduire désormais aucune action sans avoir obtenu l'autorisation de justice qui ne lui sera délivrée qu'après examen de l'affaire et lorsqu'on se sera assuré que la procédure en vue n'est point abusive (2) : ainsi se trouve coupé dans sa racine même, l'esprit de chicane, par une mesure qui rappelle, mais dans des limites plus restreintes, notre institution française du conseil judiciaire : le plaideur invétéré, incorrigible, devient incapable de plaider sans la permission de qui de droit, de même que l'accès du prétoire demeure

(1) Cons. : PERCY HENRY WINFIELD, *The history of conspiracy and abuse of legal procedure*, et, du même auteur, *The present law of abuse of legal procedure*, Cambridge, at the University Press, 1921.

(2) V. la traduction de cette loi dans l'*Annuaire de lég. étrang.*, 1897, p. 49. Une loi du 12 août 1898 a introduit en Ecosse un régime analogue (*Annuaire de lég. étrang.*. 1899, p. 24).

fermé au prodigue français tant qu'il n'a pas obtenu l'assistance de son conseil.

227. — Mais c'est dans le domaine contractuel que la réglementation restrictive s'est affirmée, en terre anglo-saxonne, avec le plus de vigueur et de succès : non seulement le droit anglais a élaboré une théorie de la *consideration* analogue à notre théorie de la cause telle qu'elle a été comprise et élargie par notre jurisprudence française (1), non seulement ce concept subjectif a été renforcé à l'aide de la *public policy*, notion voisine mais sensiblement différente de notre notion de l'ordre public (2), mais encore et surtout la liberté du commerce, la libre concurrence a été entourée, réfrénée par des *restraints of trade*, des restrictions à la liberté contractuelle tout à fait graves et topiques ; on s'est aperçu, sous la pression des faits, des nécessités économiques, qu'une liberté intégrale aboutirait, avec la concentration des entreprises et des capitaux, à la négation même de la liberté ; comme l'esprit d'égalité extrême qui, suivant la vue pénétrante de Montesquieu, est la plus dangereuse ennemie de l'égalité tout court (3), l'esprit excessif de liberté aboutit à la consécration de la tyrannie ; et toute une réglementation a vu le jour, sur l'initiative du législateur et du juge, qui s'est proposé la mission de resserrer dans des limites raisonnables la puissance des trusts, des kartells et des konzern, de frapper la *conspiracy* (4), ou coalition, d'intervenir dans la lutte épique engagée entre le monde

(1) Sur la « *consideration* » dans le droit anglo-américain, V. le livre de CAPITANT, *De la cause des obligations*, nos 87 et s., et J.-P. WALTON, *Cause et* « consideration » *dans le Droit anglais des obligations*, *Rev. trim. de droit civil*, 1919, p. 469 et s. et surtout *Selected readings on the law of contracts*, New-York, 1931, p. 61 et s., 320 et s. V. aussi G. MADRAY, *Des contrats d'après la récente codification privée faite aux Etats-Unis*, 1936, p. 63 et suiv. et la thèse de M. BRESSE, *La théorie de* la consideration *en droit anglais*.

(2) Sur la notion de la *public policy*, cons. la thèse de El. ARABY, *La contrainte économique et le délit civil de violence*, Lyon, 1926, p. 232 et s.

(3) MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, livre VIII, chap. 2.

(4) V. F.-P. WALTON, *op. cit.*, p. 63.

du capital et celui du travail, de réprimer le boycottage : rien n'a été négligé en vue de ce but, ni les pénalités infligées aux contrevenants, ni la responsabilité civile, ni, aux Etats-Unis, la création d'organismes tels que l'*Interstate commerce commission* (1).

D'autre part, l'inexécution et la résiliation des contrats sont soumises à des règles plus libérales que par le passé : tandis que, d'après la pure doctrine anglaise, le débiteur reste tenu envers le créancier malgré l'impossibilité d'exécution, malgré le cas de force majeure, le droit moderne a apporté au *general rule* des dérogations de plus en plus nombreuses qui se résument principalement dans la théorie de la « frustration de l'aventure » (2) ; et, dans une direction différente, on voit apparaître des limitations, d'ordre subjectif celles-là, au droit de résiliation unilatérale de certains engagements, comme pour le contrat de société (3) et même pour la promesse de mariage dont la rupture injustifiée est sanctionnée par la responsabilité pécuniaire du coupable (4).

228. — Sans doute, ce ne sont là que des dérogations partielles au dogme de l'absolutisme des droits, et on pouvait douter que les juristes anglo-saxons dussent jamais se haus-

(1) Cons. sur ces différents *restraints of trade*, les travaux publiés dans la *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon* : Ed. LAMBERT, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis* ; « Ed. LAMBERT et BROWN, *La lutte judiciaire du capital et du travail organisés aux Etats-Unis* ; R. HOFFHER, *Le boycottage devant les Cours anglaises* ; SANHOURY, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise* ; FAVRE-GILLY, *La valeur légale de la politique des prix fixes* ; El. ARABY, *op. cit.* ; MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, thèse, Lyon, 1936, p. 337 et s.

(2) V. LÉVY-ULLMANN, *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité dans le droit anglais* (*Ann. de droit commercial* de 1921 et de 1922).

(3) V. LEHR, Droit anglais, t. II, p. 206.

(4) V. la thèse de Pierre COLIN sur *Les fiançailles en droit comparé*, Paris, 1921 ; et CAMPION, *op. cit.*, nº 338. Il résulte de l'art. 275 du Digeste de JENKS que la victime de la rupture a droit à la réparation du préjudice même purement moral, ce qui constitue une dérogation remarquable au caractère purement économique des dommages-intérêts en droit anglais.

ser jusqu'à la consécration de la relativité des droits, en tant que thèse générale. On sait qu'en Angleterre l'élaboration du droit s'effectue surtout par des procédés empiriques et, conséquemment, avec plus de lenteur que dans les pays où les textes législatifs constituent la source essentielle, voire même la seule source avouée des institutions juridiques ; et, en Amérique même, malgré l'abondance de la matière législative, en dépit d'un goût de légiférer (*legislative habit*) qui confine à la passion (1), la *common law* et l'*equity* l'emportent encore, en intensité et en autorité, sur le droit écrit ; « les lois supposent l'existence du droit commun ; elles sont en un sens des *addenda* au droit commun et souvent elles n'auraient ni signification ni force en dehors du droit commun dont elles dépendent (2) » ; et, en Amérique comme en Angleterre, « on peut citer l'arrêt dans un procès avec autant d'autorité qu'un texte législatif (3) », tellement est éclatant le prestige du *case*, du précédent judiciaire, expression même de la raison « *perfection of reason* » ; système qui a ses avantages certes, mais qui n'est guère favorable à une rapide explosion du sentiment juridique ; à quoi il faut ajouter que le caractère particulariste et presque hermétique de la mentalité anglo-saxonne fait obstacle à une imprégnation de provenance extérieure, si bien que, comme le constate un grand juriste américain, la question de savoir si l'exercice malicieux d'un droit peut devenir générateur de responsabilité a été discutée, pendant plusieurs générations, par les auteurs anglo-saxons comme si elle se posait uniquement dans leurs pays et alors que s'accumulait, sur le vieux continent, « une véritable librairie de littérature sur le sujet (5) ».

(1) V. J. W. GARNER, *Idées et institutions politiques américaines*, p. 195.
(2) J. W. GARNER, *op. cit.*, p. 202.
(3) *Id.*, p. 204.
(4) *Id.*, p. 209.
(5) John H. WIGMORE, cité par El. ARABY, *op. cit.*, p. 240.

228 *bis*. — Il semble bien cependant que les temps soient révolus et qu'aux Etats-Unis surtout la jurisprudence et le législateur aient trouvé ici leur chemin de Damas, notamment dans le compartiment contractuel. Ce n'est plus seulement la notion de la *consideration* qui fait état des mobiles et de la moralité des parties ; c'est la théorie de l'abus qui, faisant irruption dans la formation et dans l'exécution du contrat, consacre la rupture avec les errements anciens, et cela sous une forme générale. A cet égard, le *Restatement* des contrats (codification privée due à l'*American Law Institute*) est particulièrement intéressant à consulter, car il rompt délibérément avec la thèse absolutiste jusque là en honneur en faisant tomber tant le contrat conclu sous la pression d'une contrainte injuste que celui qui a été aménagé en vue de nuire à des tiers ; le but poursuivi (*purpose*) devient décisif ; on veut que la liberté contractuelle soit utilisée seulement pour des fins légitimes ; le contrat qui repose sur l'abus d'un droit sera déclaré nul (1).

En présence de ces nouveaux standards, on comprend qu'un auteur ait pu affirmer que le *Restatement* « consacre des solutions identiques à celles de la jurisprudence française (2) » ; incontestablement, le droit anglo-saxon, mais spécialement le droit des Etats-Unis s'aiguille dans la direction de la relativité des droits.

Ainsi, le dogme de l'absolutisme des droits est de plus en plus profondément entamé chez les peuples où il florissait jadis avec le maximum d'éclat : la preuve est donc faite qu'il ne correspond plus au stade de civilisation auquel les peuples cultivés sont d'ores et déjà parvenus, et qu'il est condamné à céder le pas, en tout lieu, aux concepts triomphants de la relativité et de l'abus. Ce n'est pas seulement dans les systèmes juridiques continentaux que, comme le constate

(1) *Restatement*, §§ 382, 493, 516 ; G. MADRAY, *op. cit.*, nº 141.
(2) G. MADRAY, *op. cit.*, p. 279.

Gutteridge, ces concepts ont pris pied (1) ; c'est aussi dans les pays à mentalité individualiste et insulaire ; si la formule n'avait pas un sens péjoratif, on pourrait dire, en manière de conclusion de ce tour d'horizon, qu'en tous pays le ver est dans le fruit ; mais c'est afin d'en améliorer la qualité et d'en perfectionner le rendement.

(1) GUTTERIDGE, *op. cit.*, p. 42.

TROISIÈME PARTIE

Essai d'une systématisation de l'abus des droits en fonction de leur esprit.

---

229. — Nous nous sommes employé, dans les deux premières parties de cette étude, à déterminer les positions prises, sur le problème de la relativité des droits et des abus dont ils sont susceptibles, tant par notre droit positif français que par le droit positif mondial : en possession des matériaux indispensables, nous sommes maintenant à pied d'œuvre et nous pouvons donc, sans courir le risque d'aller à l'aventure, tenter un travail de systématisation dont les difficultés, très réelles sans doute, ne sont peut-être pas aussi insurmontables ni même aussi ardues qu'on l'a parfois déclaré (1).

Au point où nous sommes parvenu, l'abus nous apparaît comme intimement lié à l'idée de destination des droits dont la compression, socialement insdipensable, est assurée, non seulement par des limites concrètes tracées dans les instruments législatifs ou réglementaires, mais aussi par des frontières moins apparentes qui se déduisent de la fonction sociale des diverses prérogatives juridiques et cela au moyen d'un procédé d'investigation constant, uniforme et sûr : la recherche du *motif légitime*. Ces prérogatives nous appa-

(1) WIGMORE dénonce le caractère vague et nébuleux du concept de l'abus (*abuse of rights*, p. 43).

raissent ainsi, non point comme des droits souverains, mais bien comme des facultés à *intérêts limités* qui ne sauraient être réalisées correctement, impunément, que dans le cadre et conformément à l'esprit de l'institution.

230. — *Plan*. — Nous allons vérifier l'exactitude de cette impression d'ensemble et dégager une théorie générale de l'abus en déterminant dans trois chapitres :

1° la *réalité* et la *légitimité* de la notion de l'abus que nous nous efforcerons de situer dans la théorie de la responsabilité ;

2° le *critère* de l'abus, ce qui nous amènera à scruter l'esprit des différents droits ;

3° la *sanction* et, d'une façon plus générale, la réalisation judiciaire de l'abus, ce qui nous fera saisir la signification pratique d'une théorie dont nous exposerons à cette occasion l'aboutissement ultime.

CHAPITRE PREMIER

RÉALITÉ ET LÉGITIMITÉ DU CONCEPT DE L'ABUS

Place occupée par ce concept dans le système général de la responsabilité.

---

231. — *Plan*. — Nous examinerons, dans une sorte d'inventaire, d'abord les arguments et les considérations qui militent en faveur de la notion de l'abus, puis les objections et les scrupules auxquels elle est venue parfois se heurter ; après quoi nous tenterons de situer la théorie de l'abus dans le vaste domaine de la responsabilité.

Section I.

Les arguments favorables au concept de l'abus.

232. — Chemin faisant, nous avons déjà rencontré les arguments et les considérations qui plaident pour la cause de l'abus : un groupement est indispensable pour les mettre en pleine lumière.

I. — C'est d'abord, et dans l'ordre chronologique, l'enseignement que nous fournit l'*histoire* : si haut que l'on remonte dans l'histoire des peuples civilisés, on relève l'existence de deux facteurs de ce qu'on a appelé, d'un nom un peu barbare,

mais justement expressif, la *juricité* : (1) d'une part le droit écrit proprement dit, la règle écrite, et, d'autre part, les procédés de réalisation, les *moyens d'administration du droit* (2) : ici le précepte, là l'application, la *police juridique* (3) ; au départ, la lettre et le droit, abstractions théoriques ; à l'arrivée, l'acte, l'exécution qui doivent intervenir, non point dans le vide, mais dans un milieu social donné et en fonction de l'esprit de l'institution. Et, à mesure qu'une nation grandit et se développe, au fur et à mesure que sa conscience sociale s'affirme, le deuxième facteur prend le pas sur le premier : de plus en plus, les droits se réalisent d'accord et en sympathie étroite avec l'atmosphère sociale dont ils sont tout imprégnés ; la bonne foi est victorieuse du droit strict et la police juridique commande à la règle abstraite qui ne descend dans les faits qu'après avoir été colorée par elle. C'est l'éternelle histoire dont le droit romain nous fournit, dans son admirable développement, l'exemple le plus illustre et le plus saisissant (4), dont notre droit moderne, lui aussi, s'inspire opportunément sous l'action et le contrôle d'une jurisprudence soucieuse de réaliser l'adaptation de la règle écrite aux besoins et aux mœurs de notre société. Car cette règle est faite pour notre communauté sociale, et non pas celle-ci pour celle-là : de même que le préteur romain avait fait sortir du vieux droit civil tout un droit nouveau, plus humain et plus souple, ainsi nos tribunaux et nos auteurs s'efforcent de dégager de notre codification immobile des règles de réalisation qui retentissent sur elle et qui constituent, dans leur ensemble, une construction juridique de plus en plus imposante par quoi s'affirme l'opposition, à la fois, et la conciliation du précepte avec son application, de la science pure avec la

(1) Edmond PICARD, *Le droit pur*, p. 69. Pour cet auteur, la juricité est le droit dans son ensemble organique.

(2) V. HAURIOU, *Police juridique et fond du droit*, dans la *Rev. trim. de droit civil*, 1926, p. 265.

(3) *Ibid.*

(4) *Suprà*, n° 2.

technicité (1) : le développement pris par la doctrine de l'abus des droits est le triomphe de la technique juridique, et ce triomphe est de tous les pays, de tous les siècles, de toutes les civilisations : il correspond à une loi d'évolution fatale, à une inéluctable nécessité.

233. — II. — C'est un enseignement et c'est une conclusion identiques qui se dégagent de la consultation du *droit comparé* : cette science, qui présente avec l'histoire du droit tant d'affinités électives, qui nous permet de connaître les institutions, non plus dans leur développement et avec le recul des âges, mais dans le synchronisme puissant des législations d'une même époque, cette science féconde nous apprend que la doctrine de l'abus est en faveur plus ou moins marquée dans presque tous les pays, qu'elle a réalisé des gains partout, qu'elle ne recule nulle part et que les peuples anglo-saxons eux-mêmes, si intégralement, si instinctivement individualistes, ont dû compter avec elle (2) : le dogme de l'absolutisme des droits, dogme primaire, dogme chimérique, est battu en brèche même en Angleterre, même aux Etats-Unis (3) ; partout, on aperçoit que l'absolutisme des droits serait fatalement *la guerre des droits* et que l'égoïsme, sous la forme juridique, n'est ni moins dangereux ni moins stérile que sous toute autre forme. Sur ce point, le droit comparé, qui constitue pour le législateur et pour le jurisconsulte, une précieuse boussole, indique nettement et constamment la direction à suivre, celle de la relativité de tous les droits. Le stade inorganisé du *heurt des droits* (4) cède partout la place au régime organisé de l'*harmonie des droits* .

Sans doute, les différentes législations se font du concept de l'abus des idées parfois assez divergentes ; leurs systèmes

(1) V. GÉNY, *Science et technique* ; et aussi, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif.*
(2) *Suprà*, nos 225 et s.
(3) *Suprà*, nos 225 et s.
(4) B. TABBAH, *Du heurt à l'harmonie des droits.*

ne coïncident pas toujours entre eux ; notamment, nous l'avons vu, lorsqu'il s'agit de fixer le critère de l'abus (1) ; mais ces divergences, qui sont fatales, ne prouvent rien, quoiqu'on en ait prétendu (2) contre l'exactitude de la thèse elle-même ; on pourrait relever des variations d'une égale amplitude pour ce qui est de l'organisation, dans les différents pays, de la propriété ou de la responsabilité délictuelle en général, et cependant nul ne s'aviserait de conclure de l'existence de telles divergences à la fausseté des institutions à l'occasion desquelles elles sont apparues : la variété de l'expression n'a jamais été considérée comme une infirmité de l'idée exprimée, mais bien au contraire comme une affirmation éclatante de son existence, de sa réalité, de sa souveraineté.

234. — III. — Si maintenant nous nous cantonnons dans l'étude du *droit positif français*, nous recueillons, dans la consultation des recueils de jurisprudence, dans celle des traités et même, jusqu'à un certain point, dans celle des documents législatifs, un enseignement du même genre. Nombreux sont les textes de lois qui subordonnent l'exercice régulier d'un droit à l'existence, chez le titulaire, d'un motif légitime, d'un intérêt légitime (3), évoquant ainsi, indirectement mais nettement, le concept de l'abus, par cela même qu'ils font appel à son antidote ; parfois même, c'est expressément que les lois récentes rattachent à la notion de l'abus le corps de solutions qu'elles donnent pour certains problèmes (4). Sur-

(1) *Suprà*, nos 206 et s.

(2) Dans son article intitulé : *Quelques observations critiques sur le concept d'abus du droit*, le doyen MORIN croit pouvoir faire état du désaccord des différentes législations sur le contenu du concept de l'abus pour conclure à la fausseté et à l'arbitraire de ce concept ; mais il est manifeste que la conclusion ne se dégage nullement de la prémisse (V. *Recueil d'études en l'honneur d'*EDOUARD LAMBERT, t. II, p. 469).

(3) V. notamment, pour l'exercice du droit improprement dénommé « propriété commerciale », la loi du 30 juin 1926, modifiée par les lois du 22 avril 1927 et du 13 juill. 1933 ; *suprà*, no 154.

(4) V. par exemple, pour la résiliation unilatérale du contrat de

tout, la thèse de l'abus a trouvé grand crédit auprès de nos tribunaux et de nos cours d'appel qui en ont fait, au cours de ces dernières années, des applications inédites, par exemple au droit de ne pas contracter (1), au droit de réponse (2), à la faculté, pour le bailleur d'un immeuble, de s'opposer à la sous-location ou à la cession du bail (3), au droit d'imputation en matière de paiement (4) ou à la garde des enfants (5) ; et la Cour de cassation, elle-même, si elle n'a pas toujours ratifié et consolidé ces nouvelles conquêtes d'un concept très ancien (6), s'est montrée, dans l'ensemble, extrêmement favorable à l'idée de la relativité des droits, maintenant toutes les positions qui avaient été prises dans le passé et en occupant même de nouvelles, dans un esprit toujours plus favorable à une conception sociale du droit (7). Et, comme nous l'avons observé et comme nous le noterons encore, les progrès de ce point de vue se sont réalisés dans une double direction : non seulement en ce que des droits, considérés jadis comme absolus, ont été rangés dans la catégorie des facultés relatives, mais aussi en ce que le critère de l'abus a été déplacé dans un sens extensif, car nos juridictions prennent de plus en plus en considération, pour retenir la responsabilité du titulaire, des éléments autres que l'intention de nuire et la fraude, et la tendance s'affirme dans l'esprit des juges à considérer comme abusif tout acte accompli dans une direc-

travail à durée indéterminée, l'art. 23 du livre Ier C. trav. et *suprà*, nos 141 et s.

(1) *Suprà*, nos 91 et s.

(2) *Suprà*, nos 166 et s.

(3) *Suprà*, nos 129 et s.

(4) *Suprà*, no 126.

(5) *Suprà*, no 71.

(6) La Cour de cassation n'a pas admis l'abus du droit de réponse (*suprà*, nos 166 et s.) ni celui du droit, pour le mari, de poursuivre l'annulation des actes passés par sa femme sans autorisation.

(7) V. notamment, pour les restrictions conventionnelles à la liberté du commerce, *suprà*, no 175 *bis* ; pour le droit de coalition, nos 177 et s. ; pour les pouvoirs du médecin traitant d'un asile d'aliénés, *suprà*, no 196.

tion autre que la direction sociale du droit auquel il correspond (1).

235. — L'essor de la théorie est donc incontestable en jurisprudence et en législation ; il l'est également en doctrine, car, comme nous l'avons noté au seuil de cette étude (2) les résistances auxquelles il s'était tout d'abord heurté, et qui furent parfois violentes (3), faiblissent au point de disparaître et les dissidences n'existent plus guère que lorsqu'il s'agit de procéder à l'aménagement de la thèse, de fixer le critère de l'abus et de déterminer sa sanction ; mais le principe même, auquel on reconnaît un caractère « général » et « fondamental » (4), se dégage du *jus controversum* pour entrer dans le domaine des vérités certaines, définitivement acquises. M. G. Ripert lui-même admet, non sans regret, la perfection de cette évolution doctrinale : « aujourd'hui, tous les auteurs ont cédé et tous se plaisent à exalter l'œuvre créatrice de la jurisprudence » (5). Comme le note fort exactement M. Demogue, si la thèse de l'abus avait subi une éclipse au lendemain de la promulgation du code civil, c'est qu'on croyait alors que les textes suffisaient à tout ; c'est aussi que l'on était « en plein

(1) *Infrà*, nos 291 et s.
(2) *Suprà*, no 8.
(3) V. notamment, l'article de M. G. Ripert, *Abus ou relativité des droits*, *Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1929, p. 33 et notre réponse, dans la même revue, 1929, p. 277.
(4) V. Albert Richard, *Les mariages fictifs*, *Bull. de la Société de législation comparée*, 1937, p. 347.
(5) G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, no 117, p. 226. — On peut dire qu'actuellement tous les auteurs s'inclinent plus ou moins volontiers, souvent avec ferveur, devant le fait accompli. V. Colin, Capitant et de la Morandière, t. II, nos 195 et s. ; Demogue, *Traité des obligations*, t. IV, nos 634 et s. ; H. et L. Mazeaud, t. I, nos 547 et s. ; Lalou, *La responsabilité civile*, nos 405 et s. ; Eug. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, t. I, p. 317 ; H. Solus, *Les principes du droit civil*, p. 119. Il est symptomatique que les auteurs qui, dans les premières éditions de leurs traités, avaient prononcé, contre la théorie de l'abus, une condamnation de principe, ont dû, par la suite et dans des éditions plus récentes, adoucir les angles de leurs critiques et analyser une jurisprudence qu'il ne leur était plus permis de passer sous silence.

triomphe des idées individualistes » (1) ; mais, dans cette double direction, la situation s'est profondément modifiée ; le terrain juridique et social est devenu à nouveau favorable au standard de la relativité des droits.

Le succès est ainsi complet et il constitue, par lui-même, une justification éclatante de l'idée qui en bénéficie. Sans doute, il est arrivé parfois que des conceptions juridiques aient recueilli les faveurs de la jurisprudence et d'une partie de la doctrine pour être ensuite balayées par un juste retour offensif des véritables principes ; mais ce phénomène s'est produit généralement sur des points de détail, telles la question de la nature des reprises de la femme ou celle du cumut de la réserve et de la quotité disponible, non pas, que nous sachions, quant à de vastes conceptions, quant à des standards fondamentaux comme celui de la relativité des droits ; et d'ailleurs de tels revirements avaient été préparés par l'opposition tenace et éclairée de certains auteurs et de diverses juridictions, et nous ne relevons point, du moins nous ne relevons plus de pareilles résistances sur la voie, désormais libre, dans laquelle s'est engagée la doctrine de l'abus : l'essor de cette doctrine constitue un phénomène constant, indiscuté, et il est, sans exemple qu'une conception aussi profondément ancrée dans les mœurs judiciaires ne réponde point à une nécessité, donc à une vérité sociale : les décisions rendues en la matière constituent un corps de doctrine, un ensemble organique qui s'impose au juriste et qui appelle de sa part, au lieu d'une volonté stérile de négociation, un effort fécond de systématisation (2).

236. — IV. — Il ne faut d'ailleurs point s'étonner de la

(1) DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. IV, n° 634.

(2) Il faut cependant noter, dès maintenant, l'opposition faite par le doyen G. MORIN à la conception de « l'abus des droits qui, à son avis, ne serait pas digne de devenir un principe fondamental de l'ordre juridique ». Pour l'exposé et la réfutation de cette critique, V. *infrâ*, n° 251 *bis*.

convergence des directives qui sont données par l'histoire, par la science comparative et par le droit positif actuel de notre pays : dans le domaine de la sociologie comme dans celui du monde physique, ce qui arrive devait arriver, et la relativité des droits était postulée de toute éternité par leur *origine* même : produits sociaux, ils étaient destinés à faire figure sociale, à peine de renier leur filiation certaine et invariable. Quelle que soit l'opinion que l'on se fasse de l'origine première du droit et même si l'on accepte, sous une forme ou sous une autre, la préexistence d'un droit naturel antérieur et supérieur au droit positif d'un pays donné, il faut bien reconnaître que nos prérogatives individuelles supposent un consentement de la communauté sociale, soit que ce consentement émane expressément des pouvoirs publics, comme c'est le cas ordinaire, soit qu'il se dégage directement et instinctivement de la conscience collective qui devient ou qui reste son propre législateur ; et s'il est excessif de dire, après Ihering, que « l'Etat est la source unique du droit » (1), il faut admettre avec ce jurisconsulte que « l'administration du droit est la fonction primordiale de l'Etat » (2), fonction tellement essentielle qu'elle rejette toutes les autres tâches à l'arrière-plan, et que le droit apparaît « comme le système de la contrainte réalisée, par l'Etat, le mécanisme de la contrainte organisé et mis en œuvre par le pouvoir public (3) », que ce pouvoir soit législatif, administratif ou judiciaire. De toute façon, les prérogatives, même les plus individuelles et les plus égoïstes, sont encore des produits sociaux, soit dans la forme, soit dans le fond (4) : il serait inconcevable qu'elles pussent, au gré de leurs titulaires, s'affranchir de l'empreinte originelle et être employées à toutes besognes, fussent-elles inconciliables avec leur filiation et avec les intérêts les plus

(1) IHERING, *Zweck im Recht*, trad. DE MEULENAERE, p. 213.
(2) *Id.*, p. 207.
(3) *Id.*, p. 225.
(4) V. EMM. LÉVY, *La vision socialiste du droit.*

pressants, les plus certains, de la communauté qui les a concédées.

237. — V. — Car ces prérogatives ne sont pas sociales seulement par leur source et par leur genèse, elles le sont encore par le but auquel elles tendent, par leur *finalité*. Comme on l'a maintes fois observé et comme il devrait être banal de le répéter, l'homme, si on l'envisage en tant qu'individu isolé, ne saurait avoir de droits, au sens juridique du mot ; c'est seulement en tant que membre de la communauté qu'il acquiert une personnalité et qu'il devient aussitôt le sujet et le centre de rapports obligatoires (1) : n'étant pas une fin en soi, il ne saurait exercer ses prérogatives en vue d'une fin exclusivement personnelle ; la conception de droits purement subjectifs, intégralement égoïstes, se suffisant à eux-mêmes et se donnant libre carrière, sans égard pour le but poursuivi et pour le dommage causé, cette conception artificielle et métaphysique a fait son temps et l'on peut dire, sans exagération, que sur ce point l'œuvre de la grande Révolution est périmée (2) ; les droits individuels ne sont plus des prérogatives absolues, issues d'un *dominium* lui-même postulé par l'indépendance, la liberté, la dignité de l'homme (3) ; à côté de l'élément subjectif qui, à notre avis, subsiste et subsistera toujours (4), on a vu apparaître l'élément objectif, social, qui se développe rapidement et qui, dès maintenant, occupe la première place ; on le retrouve, non pas seulement dans les droits altruistes, tels que les pouvoirs de famille, mais jusque dans les prérogatives en apparence les plus

(1) Cette idée a été développée avec beaucoup d'autorité par M. DUGUIT dans ses différents ouvrages. V. par exemple *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 18. Nous reviendrons plus loin sur cette thèse dont l'exactitude devrait être au-dessus de toute contestation.

(2) V. G. CORNIL, *Le droit privé*, p. 92 et 93 ; DUGUIT, *op. cit.*

(3) DUGUIT, *op. cit.*, p. 147 et s.

(4) Nous nous séparons sur ce point de M. DUGUIT qui, après Aug. COMTE, nie l'existence des droits subjectifs.

égoïstes, jusque dans la propriété individuelle, mobilière ou foncière.

Car, nous l'avons noté en exposant comment notre jurisprudence avait fait application du concept de l'abus au droit d'appropriation privée (1), la propriété individuelle, comme toute institution, ne se justifie et ne vaut que dans la mesure où elle cadre avec les intérêts de la communauté nationale et spécialement avec ses intérêts économiques. Le jour où il apparaîtrait que cette forme juridique ne répondrait plus aux besoins de notre société, où il serait établi que le but individuel du titulaire serait inconciliable avec le but collectif et supérieur du groupement auquel il ressortit, ce jour-là l'institution se transformerait pour s'adapter à la situation nouvelle (2) : le propriétaire et, d'une façon plus générale, le titulaire d'un droit quelconque, peut bien mettre ses prérogatives au service de ses intérêts, mais à la condition que ceux-ci ne soient pas en opposition avec les intérêts vitaux de la communauté dont il ne constitue qu'une cellule, à la condition qu'il demeure dans l'esprit de l'institution ; du moment qu'il en sort, il trahit la confiance que les pouvoirs publics avaient placée en lui ; il fait en quelque sorte le droit sien, il en abuse, et sa responsabilité s'en trouve engagée vis-à-vis de ceux à qui il a pu causer un dommage en aiguillant ainsi dans une fausse direction la prérogative dont il avait été investi en vue d'un usage déterminé auquel il ne s'est point conformé : ainsi l'exige la grande loi de l'*interdépendance sociale* qui s'est substituée à la conception purement métaphysique de l'indépendance des individus (3). Tout droit a une fonction dont son titulaire ne peut s'évader qu'en commettant un délit qui a nom : l'abus du droit.

238. — VI. — Il faut d'ailleurs remarquer que la possi-

(1) *Suprà*, nos 18 et s.
(2) *Sic*. DUGUIT, *op. cit.* ; HAURIOU, *Principes de droit public*.
(3) DUGUIT, *op. cit.*

bilité d'un abus n'a jamais fait doute qu'en ce qui concerne les droits à contours précis, les droits nommés et définis, tels le droit de propriété ou la puissance paternelle, et, plus spécialement, pour les attributs encore plus spécialisés et plus étroitement délimités que comportent ces prérogatives, comme le droit de construire ou de pratiquer des fouilles, le droit de garde ou celui d'administration légale. Mais quant aux facultés qui ressortissent simplement à la notion de liberté, qui font bloc avec elle sans avoir conquis leur individualité, leur limitation subjective est unanimement admise, et de tout temps (1) : nous ne pouvons user de notre liberté que régulièrement, correctement, à bon escient, et non pas en vue de causer un dommage à autrui, à peine d'engager notre responsabilité ; car cette liberté a pour limite la liberté d'autrui qui vient s'opposer à elle et la comprimer. La jurisprudence a eu fréquemment l'occasion de mettre cette idée en œuvre. Voilà par exemple un patron qui fait défense à ses ouvriers de fréquenter tel établissement ; en édictant cette prohibition, il ne fait pas usage d'un droit précis mais de sa liberté : le propriétaire de l'établissement visé pourra-t-il lui réclamer une indemnité à raison du dommage résultant pour lui de cette mise à l'index ? Tout dépend du mobile qui inspira la décision du patron : si ce mobile était légitime, la prohibition l'est elle-même et l'immunité de son auteur est complète. Si au contraire le patron a agi méchamment, dans la pensée de nuire à l'établissement visé, sa responsabilité est engagée, parce qu'il a réalisé sa liberté antisocialement, parce qu'il en a fait abus.

239. — Donc, aussi longtemps qu'un droit fait corps avec la liberté, il est relatif et il est causé ; dès lors, toute la ques-

(1) Cette distinction entre la liberté et les droits définis a été faite par Emmanuel LÉVY, *Responsabilité et contrat*, *Rev. critique* de 1899, et *La vision socialiste du droit*, p. 44 et s. et 124. V. aussi SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, p. 66 et 67.

tion est de savoir s'il en va autrement lorsqu'il a conquis son individualité et lorsqu'il s'est haussé au rang de droit défini ; et vraiment la réponse n'est point douteuse. Un droit a beau se préciser, il ne change pas d'essence ; toujours il constitue une émanation de la liberté, dans laquelle il a été taillé, dont il constitue en quelque sorte la monnaie. Si, lorsqu'il se confondait avec elle, il ne pouvait être exercé qu'à bon escient, socialement, la même réserve doit continuer à limiter son exercice lorsqu'il a revêtu sa physionomie particulière et conquis son individualité. L'estampille officielle n'a pas dû le transformer en un instrument de guerre contre la société, sinon on devrait regretter qu'elle lui eût été conférée ; après elle, comme auparavant, le droit catalogué n'est jamais exercé que sous la responsabilité de son titulaire et sans la garantie du gouvernement ; en réalité, plus nous avons de droits et plus nous sommes responsables ; c'est le pouvoir juridique qui crée la responsabilité (1) : comme l'écrivait Saleilles, « rien n'est plus faux que cette cristallisation que l'on a voulu opérer de certaines facultés individuelles pour en faire des droits positifs intangibles, alors que toutes les autres resteraient dans l'exercice vague de la liberté, laquelle ne serait un droit garanti que dans son principe et sa virtualité, et non dans ses manifestations concrètes (2) ».

Une telle opposition de principe serait d'autant moins justifiée qu'il n'est pas toujours facile d'apercevoir si une prérogative doit être considérée comme définie ou si elle fait corps avec la liberté ; c'est ainsi que la libre concurrence n'apparaît que dubitativement comme un droit spécialisé, elle qui n'est que l'expression tangible de la liberté commer-

(1) Emm. Lévy, *La vision socialiste du droit, loc. cit.*

(2) Le même auteur avait soutenu une opinion différente dans *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, p. 67 ; il distinguait alors entre l'exercice d'un droit positif, lequel serait toujours licite, quelle que fût l'intention de l'agent, et l'exercice d'une faculté générale qui pourrait au contraire devenir abusif, la loi ne s'étant pas ici portée garante de l'usage qui en sera fait.

ciale ; les liens qui unissent une faculté à la source commune et première ne se brisent pas subitement ; ils se relâchent progressivement au fur et à mesure que se dessine plus nettement sa physionomie et de telle sorte que s'interpose une période de transition au cours de laquelle leur classement demeure bien difficile.

C'est ce phénomène qui a dû frapper les auteurs du code civil allemand et qui explique le revirement opéré au cours des travaux préparatoires : les projets primitifs s'inspiraient de l'adage traditionnel qu'en usant de son droit on ne saurait en abuser, et de l'idée de « l'absolu du droit subjectif (1) » ; comme nous l'avons précédemment noté (2), c'est au Bundesrath que revient le mérite d'avoir substitué à cette conception absolutiste le point de vue social, du moins pour le plus défini et le plus égoïste des droits, celui de propriété ; après quoi, la commission du Reichstag, amplifiant le système, aboutit au principe général consacré dans l'article 226 que « l'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui » : l'exercice d'une faculté même définie, même nommée, était ainsi proclamé susceptible d'abus, au même titre que la réalisation de la liberté. Le législateur allemand était arrivé à la vérité juridique après avoir suivi un *processus* qui lui avait permis de mettre en pleine lumière l'intérêt et le sens profond du problème (3).

Il faut donc conclure qu'en admettant l'abus de la liberté cet il n'est pas possible de se soustraire à cette nécessité sociale), on est par cela même conduit à admettre du même coup l'abus de ce qu'on a appelé souvent les droits subjectifs, et de ce que nous préférons appeler les droits nommés, catalogués, spécialisés, lesquels ne sont autre chose que la monnaie légale et certifiée de la commune liberté.

(1) SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, 2e éd., p. 370, note 1.
(2) *Suprà*, nº 211.
(3) SALEILLES, *op. cit., loc. cit.*

240. — VII. — Mais ce n'est pas seulement la raison, l'esprit général du droit qui postulait le concept de l'abus, c'est aussi notre droit positif lui-même, dans deux de ses dispositions essentielles, les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Aux termes du premier de ces textes, véritable « Code de la sociabilité humaine (1) », « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». De l'avis unanime, cette disposition présente le plus grand caractère de généralité ; elle pénètre jusque dans le cercle contractuel, puisqu'elle régit certaines fautes commises à l'occasion de la formation ou même de l'exécution des conventions ; il faut y voir la charte de la vie en société, l'expression de cette loi suprême d'interdépendance sociale sans l'observation de laquelle il n'y aurait point de communauté humaine de quelque valeur et de quelque durée.

Or, le texte ne distingue nullement selon que le fait qu'il prévoit aurait été commis dans la réalisation de la liberté tout court ou bien dans l'exercice d'un droit défini ; et les éléments du délit se trouvent ou peuvent être réunis dans la seconde éventualité tout comme dans la première : non seulement le dommage, mais la faute elle-même. Nul ne niera, en effet, que le titulaire d'un droit quelconque ne soit exposé à commettre une faute en en faisant usage, soit parce qu'il l'exerce malicieusement, de façon inopportune, soit encore parce qu'il le met en œuvre maladroitement, gauchement ; erreur de jugement ou erreur de technique constituent bien la faute prévue par les articles 1382 et 1383 et exposent donc celui qui les a commises à une sanction civile ; tous nos droits se réalisent, non pas impunément et avec la garantie des pouvoirs publics, mais socialement, sous le contrôle et dans l'ambiance de ces dispositions fondamentales (2). Les auteurs qui

(1) L'expression est de DEMOLOMBE.

(2) C'est ce que DEMOLOMBE avait clairement aperçu : « L'exercice de votre droit, écrivait-il, va jusques à l'extrême limite où commence

ont nié l'exactitude de la théorie de l'abus n'ont pas songé qu'ils opposaient, par cela même, à l'application de ces textes généraux, des barrières arbitraires et inadmissibles ; ils enlevaient d'autorité à la responsabilité délictuelle une grande partie, la plus grande partie peut-être de son domaine ; ils en arrivaient presque à biffer de notre Code civil une disposition centrale dont l'importance s'est révélée toujours plus grande au cours de ce dernier demi-siècle ; et, faisant des droits définis de véritables fétiches, ils en venaient à les situer au-dessus du droit, puisqu'ils les soustrayaient à l'emprise du droit délictuel qui doit commander à tous les rapports juridiques extra-contractuels : ils faisaient ainsi de la pure métaphysique, non du droit positif français (1).

Et ainsi le concept de l'abus constitue la vérité, la seule réalité possible, non seulement en histoire, en jurisprudence, en droit comparé et en raison, mais aussi dans notre droit positif actuel : tous les renseignements concordent en sa faveur et en attestent la signification profonde, au lieu que la doctrine de l'absolutisme des droits apparaît, à la lueur de cette enquête, comme une chimère creuse et — fort heureusement — tout à fait irréalisable : mise en pratique, elle déchaînerait aussitôt la lutte des droits, aussi désastreuse et aussi impie que la lutte des classes ; de même que celle-ci entraînerait la destruction des classes, donc de la société même, celle-là déterminerait l'anéantissement des droits dont le maintien est postulé par la règle de la relativité, c'est-à-dire, notamment par le concept de l'abus.

Les droits ne sont pas au-dessus du Droit ; ils doivent s'insérer dans son cadre, se réaliser sous son « climat ».

le droit d'autrui — mais, à cette limite, il s'arrête ! — Et vous ne sauriez en aucun cas la franchir, même dans votre plus entière bonne foi ; — qu'il n'y ait pas un délit dans ce cas, sans doute ! — mais il y a certainement un quasi-délit... » (t. XXXI, nº 471).

(1) V. L. JOSSERAND, note D. P. 1924.1.97, spécialement p. 100, col. 1 ; H. et L. MAZEAUD, 3e éd., t. I, nº 549.

Section II.

Les objections opposées à la thèse de l'abus et de la relativité des droits.

241. — Les critiques adressées à la théorie de l'abus et de la relativité des droits ressortissent à deux grandes catégories, nettement distinctes :

1° Il est des auteurs, jadis assez nombreux, maintenant plutôt clairsemés, qui reprochent à cette théorie d'être vide de sens ; ceux-là acceptent la plupart des solutions jurisprudentielles, mais ils les expliquent sans faire intervenir le concept de l'abus et par le jeu des principes généraux en matière de responsabilité ; pour eux, la montagne a accouché d'une souris, et même de moins encore, du néant ; la thèse de l'abus est sans signification, sans intérêt ; elle est le résultat d'un malentendu ; en elle, c'est le « *construit* » qui est vicieux.

2° D'autres auteurs, s'en prenant au cœur même du sujet, au « *donné* », adressent à la théorie des critiques de fond : loin de la considérer comme inoffensive, ils la jugent extrêmement dangereuse et la repoussent pour des raisons tirées, non plus de la technique juridique, mais de la conception même qu'ils se font des droits et de leur réalisation.

Nous sommes ainsi amenés à nous occuper d'abord des critiques de *forme* et de *technicité*, puis des critiques de *fond*.

242. — Mais auparavant, nous tenons à observer que toute cette controverse repose sur la croyance que les individus peuvent avoir des droits, dogme juridique qui a été contesté par une certaine école, l'école positiviste, et, au premier rang, par son chef. On sait que, pour Aug. Comte, la notion de droit subjectif est un non-sens, l'homme n'ayant pas « d'autre droit que celui de toujours faire son devoir (1) » et M. Duguit

(1) Aug. Comte, *Système de politique positive*, t. I, p. 361.

a suivi cette opinion et développé cette idée dans ses différentes publications (1). Quelle que soit l'autorité de l'éminent publiciste, il nous est impossible d'admettre le postulat sur lequel repose son œuvre : si tous les hommes ont des devoirs juridiques envers les uns les autres, c'est qu'évidemment ils ont aussi des droits réciproques ; les concepts de droit et de devoir sont deux valeurs complémentaires nécessaires ; et, pas plus qu'on ne saurait concevoir de fonds servant sans un fonds dominant correspondant, de même on ne peut pas imaginer un devoir sans bénéficiaire, donc sans titulaire d'un droit corrélatif. Le point de vue auquel M. Duguit s'est placé après Aug. Comte nous paraît être celui d'un métaphysicien bien plutôt que celui d'un juriste. Tout ce qu'il faut concéder — et ce que tend à démontrer la présente étude — c'est que l'élément social qui coexiste dans tout droit avec l'élément individuel tend à se développer au détriment de celui-ci (2) ; mais, tout de même, ce dernier subsiste et il serait inconcevable qu'il disparût totalement, ou alors ce serait la personnalité même de l'individu qui serait détruite, qui serait absorbée dans le grand Tout : jusqu'à plus ample informé, cette sorte de panthéisme juridique nous paraît relever de l'utopie.

I. — Les critiques de forme.

243. — Ces critiques, d'ordre logique et technique, se ramènent toutes à cette affirmation que les espèces prétendûment rattachées à la thèse de l'abus sont en réalité tributaires d'une théorie plus générale encore et bien banale, constituant le droit commun de la responsabilité.

Seulement, il y a deux procédés qui permettent de refuser

(1) Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* ; *Les transformations générales du droit privé*, notamment p. 1 et s. ; *Le droit social et le droit individuel*.

(2) V. Maurice Picard, *Les biens*, nº 11 (*Traité pratique* de Planiol et Ripert).

ainsi à la thèse de l'abus toute originalité, toute valeur, théorique ou pratique. Les uns disent : les actes considérés comme abusifs sont en réalité des actes accomplis sans droit ; le prétendu abus est un véritable dépassement ; abuser d'un droit, c'est en franchir les limites, c'est en sortir. Tout au contraire, répliquent d'autres civilistes, de tels actes sont accomplis en vertu de nos droits ; ils en constituent l'exercice, la manifestation ; mais à cela rien que de très banal, car il en est ainsi de tout acte générateur de responsabilité ; nous ne sommes jamais responsables que dans l'exercice de nos droits ; la prétendue théorie de l'abus rend à cette loi fondamentale et nécessaire un hommage bien superflu et sous une forme vicieuse, puisqu'elle nous présente comme une exception ce qui est la règle elle-même.

Ainsi, les assauts partent de deux points opposés ; ils n'ont de commun que l'objectif auquel ils tendent, à savoir la négation de l'abus des droits en tant que conception originale ; les procédés employés diffèrent au maximum puisque, pour les uns, l'acte dit abusif est un acte accompli sans droit, tandis que, pour les autres, il constitue la manifestation, l'exercice d'un droit, mais cela à l'exemple de tout acte productif de responsabilité.

Examinons les positions prises par chacune des deux écoles; après quoi nous apprécierons une critique qui est d'ordre plus spécialement technique et qui fait grief aux protagonistes de la thèse de l'abus de recourir au procédé de la fiction en greffant des solutions nouvelles sur un concept ancien.

244. — I. — *L'acte abusif n'est autre qu'un acte accompli sans droit*. — Dans cette opinion, à laquelle se sont rangés plus ou moins complètement, à l'origine tout au moins, de nombreux civilistes, la notion de l'acte abusif est à la fois contradictoire et absurde ; un acte est conforme au droit ou bien il lui est contraire ; c'est l'un ou l'autre mais ce ne peut être l'un et l'autre à la fois ; lorsqu'on sort de l'esprit de l'institution, on

commet, non pas seulement un détournement, un abus, mais bien un dépassement de droit. De deux choses l'une, ou bien j'use de mon droit, et alors mon acte est licite, par définition même, et ma responsabilité ne saurait donc être engagée ; ou bien mon acte est illicite, mais alors c'est que, par hypothèse, j'ai excédé les limites de mon droit. M. Planiol écrit : « Le droit cesse où l'abus commence et il ne peut pas y avoir *usage abusif* d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois *conforme au droit* et *contraire au droit* (1) » ; la formule « usage abusif des droits » est donc une « logomachie (2) ». Et la même argumentation se retrouve, en des termes moins vifs mais pareille quant au fond, sous la plume de juristes tels que Duguit (3), Esmein (4), E. Lévy (5), Barde (6), Alfred Martin (7) ; elle a été reproduite jadis par la cour de Toulouse, dans un arrêt où il est affirmé qu'« on ne peut abuser d'un droit que si l'on en dépasse les limites..., il ne saurait exister un abus du droit ; car, ce qu'on appelle ainsi, c'est en réalité l'absence d'un droit, un acte en dehors des limites normales du droit allégué ou reconnu (8) ».

Pour ces autorités, l'acte dit abusif et improprement qualifié tel, rentrerait donc en réalité dans la grande famille des actes accomplis sans droit et ne mériterait nullement les honneurs d'une catégorie particulière.

Il est remarquable que cette conclusion ait été admise,

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, nº 871.
(2) *Ibid.*
(3) Duguit, *Les transformations générales du droit privé*, p. 198 et 199. Pour l'éminent auteur, la théorie de l'abus « repose sur une contradiction en soi » ; elle ne contient en elle rien de nouveau, rien de « spécifique ». Cependant, M. Duguit repousse, pour elle, l'épithète de « logomachie » qui lui est infligée par M. Planiol.
(4) A. Esmein, note S. 1898.1.17.
(5) E. Lévy, *La vision socialiste du droit*, p. 47 ; pour notre collègue, la théorie de l'abus est « artificielle et théoriquement contradictoire ».
(6) Barde, *Traité des obligations* (dans la collection Baudry-Lacantinerie), t. III, nº 2855.
(7) Alfred Martin, *L'abus du droit et l'acte illicite*, dans la *Zeitschrift für Schweizerischen Recht*, 1906.
(8) Toulouse, 20 juill. 1896 (D. P. 1897.1.542).

exceptionnellement il est vrai, par des auteurs qui sont cependant partisans de l'abus et qui adoptent ainsi une attitude contradictoire (1) ; tandis qu'à l'inverse, et bien plus souvent, les auteurs, d'abord réfractaires à cette notion de l'abus, ont fini par en subir comme à leur insu, l'influence et même la hantise ; après lui avoir interdit la porte, ils le laissent entrer par la fenêtre. On pourra faire semblable constatation en se reportant au traité de droit civil de M. Planiol (2) ou aux travaux de M. Ripert (3) ; M. Saleilles lui-même n'a pas échappé à ce dédoublement critique lorsque, dans une note fort importante, il s'est déclaré d'accord avec M. Planiol « sur le point de départ et sur le fond de la question » pour faire seulement des réserves, et en termes dubitatifs, sur la question de forme ; pour lui, partisan et animateur de la thèse de l'abus, la terminologie usitée et dont il se sert comme les autres, serait incorrecte, car, « le prétendu abus de droit n'est, presque toujours, qu'une limitation du contenu du droit (4) ».

245. — Cette conclusion peut paraître d'abord le résultat d'une vue pénétrante du problème ; en réalité, elle procède

(1) V. DUFFAU-LAGARROSSE, Du droit aux dommages-intérêts dans *Le louage de services à durée indéterminée*, *Rev. crit.*, 1899, p. 479, notamment, p. 485 ; PORCHEROT, *De l'abus du droit*, p. 156. Comp. G. CORNIL, *Le droit privé*, p. 99.

(2) PLANIOL, t. II, nos 871 et s.

(3) M. RIPERT voyait, en 1902, dans la théorie de l'abus « une maladroite extension des principes de responsabilité édictés par le Code » (*Rev. trim. de droit civil*, p. 256) ; depuis, l'éminent civiliste a reconnu droit de cité à la construction juridique jadis critiquée (*La règle morale dans les obligations civiles*, nos 89 et s.).

(4) SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, 2e éd., p. 370, note 1. Cette note importante est particulièrement symptomatique des hésitations et des flottements de doctrine de l'auteur en pareille matière. Il est intéressant de remarquer que M. E. LÉVY, qui critique, dans sa construction juridique tout au moins, la théorie de l'abus (*Vision socialiste du droit*, p. 47), reconnaît qu'on juge depuis longtemps que le propriétaire est responsable lorsqu'il abuse, du moins lorsqu'il abuse aux dépens d'un autre propriétaire (*Id.*, p. 124). A cela nulle contradiction, mais la preuve que les critiques adressées par l'auteur à la théorie de l'abus sont purement techniques. Comp. MORIN, *La loi et le contrat*, p. 134.

d'un examen bien superficiel et elle ne résiste pas à une critique serrée. Lorsqu'on dit qu'« un seul et même acte ne peut pas être à la fois *conforme* au droit et *contraire* au droit », on croit avoir enfermé la théorie de l'abus dans une impasse, l'avoir en quelque sorte embouteillée, alors que, cependant, on se contente de jouer sur les mots en créant une confusion entre les deux acceptions bien connues du mot *droit*, lequel se réfère tantôt à l'ensemble des règles sociales, à la *juricité* (droit français, droit administratif, droit civil), et tantôt à une prérogative déterminée (la propriété, les servitudes, la puissance paternelle). Du moment que cette double acception est présente à l'esprit, la théorie de l'abus est placée dans son véritable cadre et son invraisemblance disparaît, car il n'y a nulle contradiction à ce qu'un acte soit tout à la fois conforme à tel droit déterminé et cependant contraire au droit envisagé dans sa généralité et dans son objectivité. La logomachie reprochée aux partisans de la terminologie courante s'évanouit du moment qu'est dénoncée la confusion verbale sous le truchement de laquelle on avait voulu la situer ; il y a droit et droit ; et l'acte abusif est tout simplement celui qui, accompli en vertu d'un droit subjectif dont les limites ont été respectées, est cependant contraire au droit envisagé dans son ensemble et en tant que juricité, c'est-à-dire en tant que corps de règles sociales obligatoires. On peut parfaitement avoir pour soi *tel droit* déterminé et cependant avoir contre soi *le droit* tout entier ; et c'est cette situation, non point contradictoire mais parfaitement logique, que traduit l'adage fameux : *summum jus summa injuria*.

L'argument incisif, sur lequel est échafaudé tout le système, se ramène donc, en somme, à un sophisme assez banal et assez facile à dénoncer ; la pauvreté de notre terminologie juridique est responsable de ce jeu de mots involontaire auquel se prêtait l'élasticité du mot « droit » ; ainsi se vérifie, une fois de plus, l'exactitude de cette pensée qu'une science est avant tout une langue bien faite ; et nous reconnaissons

d'ailleurs qu'il vaudrait mieux parler de *détournement* de droit que d'*abus* de droit.

246. — La distinction de l'acte abusif et de l'acte accompli sans droit, l'opposition entre l'abus et le dépassement de droit, sont donc parfaitement rationnelles ; leur véritable sens et leur nécessité ressortent de l'étude de jurisprudence à laquelle nous nous sommes livré dans la première partie de cet ouvrage ; à propos de la plupart des droits, notamment à l'occasion de la propriété (1), du droit de rétention (2), des voies de droit (3), de la liberté du commerce (4), du droit de coalition (5), de la liberté contractuelle (6) et des puissances familiales (7), nous avons noté cette opposition si nettement tranchée entre l'acte illégal et l'acte simplement fautif ; il est manifeste, par exemple, qu'on ne saurait assimiler l'acte par lequel un individu se comporte comme un maître chez le voisin dont il prétend abattre les arbres ou labourer le champ et celui qu'il accomplit sur son propre domaine en pratiquant des fouilles ou en construisant ; ni la situation du plaideur qui fait appel d'une décision rendue en dernier ressort ou qui se pourvoit après l'expiration des délais légaux, avec celle de la partie perdante qui forme, dans les limites objectives tracées par la loi, un appel vexatoire, inconsidéré, *ab irato* ; ni l'acte par lequel un père, administrateur légal des biens de son enfant mineur, outrepasserait ses pouvoirs tels qu'ils sont fixés par l'article 389 du code civil modifié par la loi du 6 avril 1910, avec l'acte par lequel cet administrateur exerce les pouvoirs même qui lui ont été conférés, mais dans un esprit qui n'est point celui de l'institution, dans

(1) *Suprà*, n° 26.
(2) *Suprà*, n° 38 *bis*.
(3) *Suprà*, n° 62.
(4) *Suprà*, n° 175.
(5) *Suprà*, n° 182.
(6) *Suprà*, notamment n° 144, pour la résiliation du louage de services.
(7) *Suprà*, n°s 65 et s.

son intérêt personnel et non dans celui de son enfant. Nous ne croyons pas qu'il soit possible à un esprit averti et impartial de confondre dans une même catégorie ces différentes sortes d'actes qui contrastent vigoureusement les uns avec les autres. Ici, on voit un individu qui, dépassant les limites objectives assignées à ses prérogatives, agit en dehors de la légalité, en marge de son droit et qui ne saurait donc, en aucun cas, espérer en la protection de la loi ; là, on voit une personne qui, tout en demeurant en-deçà des fonctions tracées par les pouvoirs publics, fait de ses facultés un usage blâmable en les détournant de leur destination, de leur finalité. Sans doute, l'une et l'autre de ces personnes commettent une faute, mais dans des conditions et par des moyens bien différents ; la première a agi sans droit, au lieu que la seconde a exercé un droit mais s'est trompée, consciemment ou non, intentionnellement ou par mégarde, de direction ; elle n'a pas obéi au motif justificatif, au motif légitime ; c'est en cela et en cela seulement que réside sa faute, bien différente de celle qui est imputable au premier personnage ; l'un a transgressé ce principe certain que tout droit est limité dans son contenu, l'autre s'est insurgé, intentionnellement ou non, contre le but de l'institution dont il a méconnu la finalité et la fonction (1).

247. — *Intérêts de la distinction entre le défaut de droit et l'abus ou le détournement de droit.* — Ce n'est pas seulement une opposition théorique et rationnelle qu'il convient d'établir entre l'acte accompli sans droit et l'acte abusif, c'est aussi un contraste effectif, s'accusant dans les différences d'ordre pratique, d'ordre technique qui séparent les deux notions et sur lesquelles le moment est venu d'insister.

1° Le défaut de droit est une théorie toute faite et en

(1) V. TISSIER, *Rev. crit.*, 1904, p. 509 et s., H. et L. MAZEAUD, t. I, nos 550 et s.

quelque sorte préconstituée ; les limites objectives d'un droit sont précises et elles ne se déplacent pas facilement, au moins en dehors de l'intervention législative ; mais l'abus des droits constitue une théorie vivante et mouvante, d'une très grande plasticité, un instrument de progrès, un procédé d'adaptation du droit aux besoins sociaux ; on comprend très bien que telle institution change de finalité au cours des âges et sans que le législateur y soit pour rien ; la puissance paternelle a connu une évolution de ce genre ; conçue d'abord dans l'intérêt du père, elle a été ensuite organisée et comprise dans l'intérêt de l'enfant ; le ressort altruiste a été substitué au ressort égoïste sous la poussée des mœurs et grâce à l'intervention des tribunaux plus encore que par celle du législateur qui ne s'est fait sentir que tardivement. Et c'est précisément un des mérites, et non des moindres, de la théorie de l'abus, que cette sensibilité extrême et immédiate à l'opinion, aux mœurs, aux besoins sociaux ; elle est aussi élastique et plastique que la notion opposée est raide et figée ; elle constitue, pour le droit, une grande force évolutive.

2° Mais des différences plus précises, plus concrètes, séparent les deux théories : l'acte accompli sans droit engage par lui-même la responsabilité de son auteur et indépendamment de tout préjudice déterminé, précis, en résultant pour autrui ; si mon voisin plante des arbres sur mon fonds ou laboure mes terres, je pourrai lui demander raison de son attitude sans qu'il puisse m'objecter qu'il ne m'a causé aucun préjudice et qu'il m'a même rendu un service ; son acte constitue une entreprise sur ma propriété et c'est le cas ou jamais de rappeler que « charbonnier est maître chez lui ». Peut-être n'obtiendrai-je pas de dommages-intérêts ; il n'y a pas de *dommages-intérêts* là où il n'y a pas eu de *dommages* effectivement subis ; mais j'obtiendrai du moins une condamnation à une astreinte ou bien l'appui de la force publique pour faire cesser un trouble intolérable. Il ne faudrait pas m'objecter que *sans intérêt pas d'action* ; outre que cette

règle n'est point d'une vérité absolue (1), elle conduit seulement à exiger chez le demandeur un intérêt quelconque, pécuniaire ou moral, peu importe (2). Or, j'ai un intérêt moral évident à ce que mes droits définis, qui ne sont que des reflets et des affirmations de ma personnalité, ne soient pas entamés et méconnus par autrui : derrière les droits, c'est ma personnalité même qui est en question et qu'il est urgent de protéger juridiquement.

L'abus des droits n'a pas une force obligatoire aussi constante. L'acte abusif, envisagé en soi, est légal ; il ne suffit jamais, à lui seul, à engager la responsabilité de son auteur ; encore faut-il qu'il ait causé à autrui un préjudice appréciable sinon, l'erreur de direction demeure sans conséquence juridique. Le propriétaire foncier qui pratique des fouilles dans son domaine en vue de tarir la source de son voisin commet bien une mauvaise action ; mais, aussi longtemps qu'il n'aura pas atteint son but, ce sera affaire entre sa conscience et lui ; la société n'interviendra pas. On ne voit pas, en effet, à quel titre ce voisin pourrait se plaindre d'un acte qui, d'une part se présente comme l'exercice d'un droit et qui, en outre, ne lui a causé aucun préjudice. Nous avons vu que la jurisprudence demeure constamment fidèle à cette idée et que toutes les décisions qui ont consacré la notion de l'abus ont soigneusement relevé l'existence d'un préjudice effectivement subi par le demandeur et l'on peut affirmer que l'exercice inoffensif d'un droit, fût-il en contradiction avec le but de l'institution et, par exemple, malicieux, n'est point générateur de responsabilité (3).

3° Cette différence dans le fond du droit entraîne des différences dans la forme, dans l'administration de la preuve.

(1) V. René Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, nos 31 et 32.

(2) *Idem.*, n° 29 *bis* ; Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure*, 3e éd., t. I, n° 360.

(3) *Infra*, nos 260 et s.

Lorsqu'un acte a été accompli illégalement, le demandeur s'acquitte de la tâche probatoire en établissant et la réalité de cet acte et celle de son droit, tâche extrêmement aisée, au lieu que la victime d'un abus doit, pour satisfaire à la maxime « *actori incumbit probatio* », faire en outre la double preuve supplémentaire du dommage subi et du détournement de droit commis par son adversaire, double preuve assez délicate à administrer, du moins dans son deuxième élément. Nous reviendrons plus loin, et avec quelque détail, sur ce problème de la preuve (1) ; il nous suffit, à cette place, de noter l'opposition qui éclate, dans la réalisation comme dans le principe même, entre les notions si différentes de l'acte illégal et de l'acte fautif, de l'acte accompli sans droit et de celui qui constitue seulement l'abus d'un droit.

4° Cette opposition va se manifester encore dans la sanction, et en un double sens. L'acte accompli sans droit est vraiment intolérable en lui-même ; il ne doit ni subsister ni se renouveler ; la victime, par exemple le propriétaire sur le fonds duquel le voisin a fait acte de maître, doit obtenir une complète satisfaction, et pour le passé et pour l'avenir. Aussi la sanction interviendra-t-elle normalement et presque toujours en nature ; les travaux exécutés devront être détruits et des mesures seront prises, s'il y a lieu, pour que la violation du droit ne se renouvelle pas (2). D'autre part, cette même sanction interviendra quand bien même elle devrait atteindre des tiers de bonne foi : l'acte passé par un tuteur ou par un administrateur légal au delà de ses pouvoirs est atteint d'une nullité relative dont les effets retentiront sur la contre-partie, si intéressante qu'elle soit.

Sous ces deux aspects, l'acte simplement abusif se comporte différemment : d'une part, la réparation en nature, si elle intervient fréquemment, est assez souvent exclue pour être suppléée par des dommages-intérêts ; d'autre part, et

(1) *Infrà*, 3e partie, chap. III, nos 260 et s. ; 315 et s.
(2) *Suprà*, nos 22 et s. ; *infrà*, 3e partie, chap. III.

surtout, la sanction, quelle qu'elle soit, ne doit pas atteindre les tiers qui n'ont rien à se reprocher, puisque l'acte se présentait sous les traits de la légalité, et auxquels on ne saurait sans injustice, imposer l'obligation de rechercher si l'agent n'a pas détourné ses pouvoirs de leur destination, ce qui impliquerait de leur part une enquête d'ordre psychologique à laquelle ils n'ont ni les moyens ni même le droit de procéder ; en sorte que si, par exemple, un administrateur légal accomplit un acte, dans la limite de ses pouvoirs, mais dans un but qui ne cadre pas avec l'esprit de l'institution, cet acte reste valable, sauf à accorder au mineur dont les intérêts ont été lésés une réparation aussi satisfaisante, aussi complète que possible, à l'exclusion de l'annulation, laquelle serait en contradiction avec la légalité intrinsèque de l'acte et causerait à la contre-partie un préjudice injustifié et antijuridique (1).

Le contraste s'établit ainsi, à ces multiples points de vue et de façon irréductible, entre ce que nous avons appelé l'acte illégal et l'acte abusif, c'est-à-dire l'acte incorrect en lui-même, abstraction faite des raisons qui l'ont dicté à son auteur, de l'esprit dans lequel il est intervenu, et celui qui ne devient incorrect qu'en considération de ces raisons et de cet esprit. C'est ce contraste qui assure à la théorie de l'abus sa signification et sa réalité ; il en constitue la justification et comme le centre de gravité même.

5° Enfin, il nous semble que la règle de la non-rétroactivité des lois, telle qu'elle est posée dans l'article 2 du Code civil, ne joue pas avec la même force pour les actes illégaux et pour les actes simplement abusifs. La loi qui proclame le caractère illégal d'un acte, d'une clause, d'un contrat, reçoit une application simplement immédiate (2), et encore sous le bénéfice de cette réserve capitale qu'elle ne retentit pas, du moins en règle générale, sur les contrats en cours (3) ;

(1) *Suprà*, n° 77 ; *infrà*, 3e partie, chap. III, nos 324 et s.
(2) Sur la distinction de l'effet *rétroactif* et de l'effet *immédiat*, V. P. ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, t. I, nos 41 et s.
(3) P. ROUBIER, *op. cit.*, t. I, nos 68 et s.

mais le caractère abusif ou non d'une attitude, d'une initiative, s'apprécie en fonction de critères qui échappent ordinairement à toutes limites de temps ; par exemple, la jurisprudence qui a considéré comme abusif le refus opposé par le bailleur à une sous-location ou à une cession de bail, lorsqu'il est dépourvu d'un motif légitime, a exercé son emprise sur les baux antérieurement conclus aussi bien que sur les conventions à venir (1) ; c'est même presque uniquement sur les baux déjà conclus qu'elle a trouvé prise, les propriétaires ayant pris soin désormais, afin de se garer d'elle, d'insérer dans la convention, non plus une simple clause d'agrément, mais une stipulation d'interdiction pure et simple. C'est qu'à vrai dire, la question de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité ne se pose même pas lorsqu'il s'agit, non plus d'un texte de loi, mais d'un standard jurisprudentiel ou de l'aménagement de ce standard ; si la loi ne rétroagit pas, il en va autrement du droit jurisprudentiel, et chacun sait que c'est précisément là un inconvénient des changements de jurisprudence qui saisissent aussitôt les situations juridiques, sans égard pour leur ancienneté ; du jour au lendemain, une institution peut changer d'esprit, un droit sera causé différemment ; pas plus que les lois interprétatives, l'application d'un standard jurisprudentiel ne connaît de limites dans le temps.

248. — Mais alors apparaît une autre objection qui part d'une direction diamétralement opposée et que nous devons examiner maintenant : la théorie de l'abus n'est ni absurde, ni contradictoire, nous venons de le démontrer ; mais ne serait-elle point l'expression d'une vérité de La Palisse et, par suite, ne serait-elle point dénuée de toute signification, de toute originalité, de toute « efficiency » (2).

(1) *Suprà*, n° 129.

(2) Il est piquant d'observer que certains auteurs ont livré l'assaut de la théorie de l'abus en partant de deux directions opposées

249. — II. — *Il n'y a point de responsabilité en dehors de l'exercice d'un droit.* — Les auteurs qui adoptent cette position reconnaissent que l'abus se présente sous l'aspect de l'exercice d'un droit ; mais à cela, disent-ils, rien de particulier ; on peut en dire autant de tous les actes productifs de responsabilité ; nous ne sommes jamais responsables que dans l'exercice de nos droits, et la preuve en est que ceux à qui n'appartient pas cet exercice, les enfants, les aliénés, ne sont pas responsables (1). Si bien qu'en définitive, lorsque les adeptes de l'abus font une constatation de ce genre pour le cas d'exercice abusif et, par exemple, malicieux, ils prennent pour une singularité ce qui est la monnaie courante en matière de responsabilité ; ils croient distinguer une exception là où fonctionne le droit commun, tout simplement (2).

Cette attitude conduit, comme la précédente, à la négation de la thèse de l'abus en tant que thèse originale ; tandis que la première faisait rentrer l'acte abusif dans le cadre des actes accomplis sans droit, celle-ci le range au nombre des actes exécutés dans l'exercice d'un droit et se refuse à lui assigner, dans cette famille innombrable, une place spéciale ; d'une façon comme d'une autre, le concept de l'abus devient une chimère, une pure fantasmagorie.

250. — Nous reconnaissons que cette seconde position est autrement solide que la première ; il est parfaitement exact — et tout notre travail repose sur ce postulat — que la res-

et inconciliables, c'est-à-dire en soutenant d'abord que cette théorie est subversive et ensuite qu'elle est inutile et inexistante. V. la thèse de R. BUTTIN sur l'*exercice abusif du droit*, Grenoble, 1904.

(1) On se rappellera que, précisément, la tendance du droit commun actuel est favorable à la capacité délictuelle des enfants et des aliénés ; il est même des auteurs pour soutenir, avec force, que cette capacité existe, dès maintenant, dans notre droit positif français. (V. sur ce problème, H. et L. MAZEAUD, 3e éd., t. I, nos 446 et s.).

(2) E. LÉVY, *La vision socialiste du droit*, p. 145 et s. ; p. 124. « ... nous ne pouvons pas agir sans droit... » — Comp. BARTIN, dans la 5e éd. de l'ouvrage d'AUBRY et RAU, t. VI, p. 340, note 2 *bis* : « Il était bien inutile d'inventer une expression nouvelle pour un truisme aussi ancien. »

ponsabilité n'est nullement incompatible avec l'exercice d'un droit, et que nous sommes d'autant plus responsables que nous possédons davantage de droits et plus effectifs : le pouvoir appelle et postule la responsabilité, et le problème qui se pose au législateur et au juge est de doser celle-ci en considération et en fonction de celui-là, de réaliser l'équilibre des droits individuels, sans cesse en rivalité et en conflit : c'est là le véritable sens du grand problème de la responsabilité.

Seulement, il faut observer que la rupture de l'équilibre instable des droits peut s'effectuer de façons très diverses ; elle n'éclate pas toujours avec la même évidence ni avec la même intensité. Lorsque le titulaire d'un droit l'a détourné de sa destination, le déséquilibre des intérêts en présence n'est point contestable ; le préjudice a été causé injustement et doit donc être réparé ; la victime obtiendra, soit une satisfaction en nature, soit au moins une indemnité qui rétablira l'équilibre un instant rompu, Mais si l'agent a exercé son droit conformément à l'esprit même de l'institution, le même raisonnement ne peut plus être reproduit, et l'appréciation de l'injustice nécessitera un examen particulièrement attentif. Si, par exemple, des fumées pestilentielles s'élèvent d'une usine et nuisent aux vignobles avoisinants, on ne pourra affirmer, à première vue, que le propriétaire de cette usine, qui se réclame peut-être d'une autorisation administrative, voire même d'une concession des pouvoirs publics, ait commis un acte injuste de nature à engager sa responsabilité envers ses victimes. Avant de décider, il conviendra d'examiner comparativement les deux situations opposées, d'apprécier l'intensité et l'anormalité du préjudice subi, de s'enquérir des conditions dans lesquelles l'usine fut établie et les vignobles constitués : la région est-elle plus spécialement industrielle ou bien agricole ? Le vignoble a-t-il été constitué antérieurement ou postérieurement à la fondation de l'usine ? Autant de circonstances qui constituent autant d'éléments

dont s'inspirera le juge pour se faire une conviction et sa tâche sera fort délicate, au point que la solution pourra varier selon le tempérament et la mentalité de ceux qui sont appelés à la donner. S'il y avait abus, au contraire, ces difficultés seraient épargnées, au moins du moment que le détournement serait établi, car nul ne peut nuire impunément à autrui en faussant les prérogatives, même les plus sacrées, en se livrant à une sorte d'effraction des institutions juridiques. En d'autres termes, aussi bien que l'acte abusif se distingue, nous l'avons vu, de l'acte accompli sans droit (1), il se différencie de l'acte exécuté en vertu d'un droit et conformément à l'esprit de l'institution, c'est-à-dire de l'acte *excessif*. Nous aboutissons ainsi à établir une distinction tripartite, sur laquelle nous insisterons à nouveau, entre l'acte *illégal*, l'acte *abusif* et l'acte *excessif*, ou créateur de risques, distinction dans laquelle se résume, à notre sens, tout le problème de la responsabilité.

251. — Après cela, il est assez peu relevant d'observer qu'à côté et au-dessus des droits définis existe la liberté à l'usage de laquelle on peut rapporter tout dommage causé à autrui et, par suite, toute responsabilité, en sorte que celle-ci interviendrait invariablement comme la sanction de l'exercice dommageable d'un droit, droit défini ou bien droit vague et suprême ; la liberté (2). A notre avis — et, sur ce point, nous sommes pleinement d'accord avec M. Duguit, — la liberté n'est pas un droit ; elle est la souche commune et des droits et des devoirs; elle est une possibilité, une virtualité de droits, rien de moins, mais rien de plus, et lorsqu'on dit que le voleur use d'un droit en dérobant la chose d'autrui, on commet précisément la contradiction dans laquelle on nous reproche de tomber ; on accouple des termes et des idées qui jurent décidément entre eux, et on se place, comme ceux-là mêmes

(1) *Suprà*, nos 26, 62, 175.
(2) E. Lévy, *op. cit.*, p. 124.

qui nient l'existence des droits, à un point de vue tellement élevé qu'il devient celui du métaphysicien, non celui du juriste ; vu de Sirius, le monde juridique, comme le monde physique, perd tout profil et toutes nuances ; mais, pour le juriste qui travaille dans la plaine, profil et nuances subsistent et l'acte abusif se différencie, dans sa nette individualité, aussi bien de l'acte excessif que de l'acte illégal ; il constitue une réalité, une catégorie juridique dont on ne pourra jamais plus se passer.

251 *bis.* — III. — *La thèse de l'abus des droits recourt au procédé de la fiction en greffant des solutions nouvelles sur un concept ancien.* — Cette position a été prise et cette critique a été formulée par le doyen G. Morin avec insistance et avec vigueur (1) : la théorie de l'abus est insuffisante, dit-on, et ne mérite nullement de devenir un principe fondamental de l'ordre juridique, car elle se borne à faire du nouveau avec de l'ancien ; elle prétend réaliser « le déguisement de l'ordre juridique nouveau sous le manteau de l'ordre juridique ancien » (2) ; et elle apparaît ainsi « comme une application de ce grand phénomène de l'évolution juridique : la fiction, c'est-à-dire l'application d'un concept ancien à une solution juridique nouvelle, le retard de l'évolution technique sur l'évolution sociale » (3). Déjà l'éminent civiliste nous avait reproché, à propos de l'évolution du concept contractuel (4), de nous attacher obstinément au « notionnel » pour le faire cadrer, vaille que vaille, avec le « réel » et de nous conformer en cela au précepte d'André Chénier :

« *Sur des pensers nouveaux, faisons des vers antiques* ».

Nous persévérerions diaboliquement dans cette erreur en

(1) G. Morin, *Quelques observations critiques sur le concept d'abus du droit*, dans le *Recueil d'études en l'honneur* d'Edouard Lambert, t. II, p. 467.

(2) *Idem.*, p. 469.

(3) *Idem.*, p. 468.

(4) *Les tendances actuelles de la théorie des contrats*, *Rev. trim. de droit civil*, 1937, p. 553.

nous efforçant, sur un terrain plus large, de « maintenir en adaptant » et en recourant à un expédient de juriste, commode sans doute, mais dangereux et dont il faut tendre à se passer » (1) ; somme toute, nous nous comporterions comme un juriste essentiellement conservateur et comme un technicien à idées plutôt étroites.

Il ne nous déplaît pas d'être ainsi traité, par les uns comme un révolutionnaire, par d'autres comme un apôtre du conservatisme juridique : sans doute la vérité se situe-t-elle exactement entre ces deux positions extrêmes et avons-nous pris le bon chemin, également éloigné des deux directions opposées dans lesquelles on veut que nous nous soyons engagé, le chemin du réalisme, inconnu des révolutionnaires autant que des purs traditionalistes, attachés, ceux-ci au passé, ceux-là au futur, alors que le juriste, qui n'est ni un historien ni un précurseur, doit penser et vivre dans le présent, pour son époque.

Et précisément parce que nous croyons faire œuvre utile de réaliste, nous n'hésiterions pas à défendre le concept de l'abus quand bien même il consacrerait le triomphe de la fiction : ce procédé technique a rendu, au cours des siècles, de tels services qu'il ne mérite pas le discrédit dont on prétend l'entourer ; c'est sous son pavillon que se sont développées, à Rome, des institutions telles que la propriété bonitaire et l'inofficiosité des testaments et son poste créditeur est certainement bien supérieur à son passif ; le législateur n'est pas à même de suivre exactement le mouvement social ; une adaptation du droit écrit par des moyens extra-législatifs s'est imposée à toutes les époques et sous toutes les latitudes ; nous comprenons malaisément qu'on puisse reprocher à la thèse de l'abus d'avoir fourni une efficace contribution à ce travail de concordance et de mise à jour. Un bouleversement du « notionnel » peut revêtir une gravité extrême en

(1) *Recueil d'études*, t. II, p. 468.

ce sens qu'il est susceptible de consacrer une rupture brutale avec le passé ; dans le domaine des sciences exactes ou expérimentales, les nouvelles conquêtes de l'homme viennent s'insérer dans les catégories déjà existantes, sans les briser, sans même les perturber ; ainsi, des institutions en apparence inédites, doivent pouvoir rentrer d'elles-mêmes dans les anciens cadres juridiques ; entre la doctrine de l'immobilisme et celle du « chambardement », il y a place pour la technique de l'adaptation : *in medio stat jus*.

Mais il faut aller plus avant dans la réfutation de la critique formulée par le doyen Morin et contester que la thèse de l'abus soit à base de fiction ; lorsqu'elle interdit au propriétaire de faire œuvre de malignité à l'encontre d'autrui, lorsqu'elle frappe le plaideur qui engage un procès vexatoire ou qui forme un appel téméraire, lorsqu'elle proscrit l'emploi abusif des voies d'exécution, elle s'attaque directement à des actes condamnables sans recourir à aucun procédé oblique, à aucun détour ; la fiction, on la trouve dans les présomptions de faute ou de responsabilité à l'aide desquelles notre jurisprudence vient au secours de la victime d'un dommage causé par une chose inanimée, comme on la découvre à la base de la règle *nemo jus ignorare censetur* ; mais c'est vainement qu'on la chercherait dans la doctrine de la relativité des droits qui prétend maintenir les prérogatives de chacun dans la voie qui leur est tracée par leur esprit et leur finalité ; ou alors il faudrait admettre que la maxime *fraus omnia corrumpit*, qui est dans un rapport étroit avec cette doctrine, est elle-même à base de fiction, ce que personne, sans doute, ne se risquerait à soutenir ; en vérité, la thèse de l'abus n'est pas seulement opportuniste, mais elle a le mérite de se produire à visage découvert ; elle s'attaque à la réalisation incorrecte des droits en utilisant à cet effet, les dispositions des articles 1382 et 1383 du code civil ; de bout en bout, dans sa base, dans son esprit, dans les procédés techniques qu'elle emploie, elle s'affirme et opère au grand

jour ; la route qu'elle suit n'est ni oblique ni ténébreuse, mais elle va droit au but, sans jamais se dérober aux regards des usagers.

II. — Les critiques de fond.

252. — Les critiques de cet ordre sont plus graves, parce que plus profondes que celles de la catégorie précédente ; loin de tendre à dénier à la thèse de l'abus toute originalité et toute efficacité, elles sont autant de protestations contre les solutions concrètes auxquelles elle aboutit : ce n'est pas seulement la manière, le côté technique de la théorie qu'elles mettent en question, mais bien l'esprit même dans lequel elle est conçue, la tendance subjective et moralisatrice dont elle procède, qu'elles dénoncent et qu'elles condamnent ; loin de la traiter avec dédain, elles lui reprochent au contraire sa puissance, sa virtualité, son dynamisme où elles voient un danger, un véritable péril social en même temps qu'une hérésie juridique.

253. — En effet, cette théorie ne réalise-t-elle pas une confusion fâcheuse entre le droit et la morale ? Ne confère-t-elle pas au juge, transformé en censeur, un pouvoir de contrôle bien redoutable sur les faits et gestes des particuliers ? N'est-elle pas essentiellement dissolvante ? Enfin, ne va-t-elle pas à l'encontre du courant qui emporte la responsabilité vers un idéal objectif, elle qui donne une importance décisive à la finalité des droits et aux mobiles qui président à leur utilisation ?

Examinons les différents points d'interrogation ainsi posés.

254. — I. — La confusion du droit avec la morale qui serait au fond de la thèse de l'abus a été dénoncée et critiquée avec une particulière vigueur et une grande autorité par M. A. Esmein. Dans une note importante, le savant maître a insisté pour le respect des frontières qui séparent le droit de la morale

et que les adeptes de l'abus tendraient à effacer, bien malheureusement à son sens (1).

Nous répondrons qu'à notre sentiment ces frontières n'ont jamais existé que dans l'imagination des juristes, ou de bon nombre d'entre eux du moins : toujours elles furent incertaines et chimériques, et toujours, et de plus en plus, elles demeureront telles. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux définitions par lesquelles les juristes s'affairent à différencier les deux sciences voisines ; l'imprécision des formules trahit la gêne des écrivains et le flottement de leur pensée. C'est qu'ils s'efforcent de réaliser une tâche irréalisable en opposant systématiquement deux notions qui rentrent dans un même tout et qui sont destinées à se mêler, à s'enchevêtrer en dépit de toutes les tentatives faites pour les isoler l'une de l'autre ; c'est que le droit ne sera jamais autre chose que la morale dans la mesure où elle devient susceptible de coercition, la morale sociale, la morale en action ; c'est que celle-ci est le creuset où s'élabore celui-là, et le grand œuvre s'accomplit, non point seulement par les soins du législateur, mais aussi sous la pesée des mœurs et par l'intervention constante, quotidienne de nos tribunaux, créateurs officiels du droit coutumier ; ce sont eux, par exemple, qui puisent dans le tréfonds de la morale pour en ramener et en consacrer les devoirs qui, à leurs yeux, méritent d'être érigés en obligations naturelles ; ce sont eux également qui, en remontant jusqu'à la genèse d'un acte, en fixeront la valeur morale et, du même coup, la valeur juridique et qui diront, à la lueur de la finalité sociale des droits, si cet acte est régulier ou bien s'il est abusif. En réalité, le droit tout entier est imprégné profondément de morale, il est, comme on l'a dit justement, « le profit social de l'éthique » (2),

(1) ESMEIN, note S. 1898.1.17 ; Comp. BARDE, *Traité des obligations*, dans la collection BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, nº 2855 ; R. BUTTIN, *L'usage abusif du droit*, p. 159.

(2) DEL VECCHIO, *L'homo juridicus* ; V. du même auteur, les *Leçons*

et c'est fort heureux car, s'il en était autrement, il deviendrait tout simplement odieux et vide de sens, puisqu'il emprunte toute sa vitalité, et le meilleur de sa nourriture au sentiment collectif, à la morale sociale dont il ne saurait être détaché sans se réduire par là même à l'état d'abstraction.

On a remarqué depuis longtemps combien les notions de droit et de morale s'enchevêtrent dans les écrits des prudents, dans les définitions, devenues classiques, qu'ils nous ont transmises du droit et de ses exigences : « *ars boni et æqui* » ; « *honeste vivere* » ; « *non omne quod licet honestum est* », toutes formules qui trahissent l'insuffisance de la formule légale et la nécessité où se trouvent les organes de la pensée juridique de faire appel aux préceptes de la morale. M. Charles Appleton a particulièrement insisté sur cette largeur de vues des juristes romains (1), et, pour ce qui est du temps présent, M. Ripert s'est brillamment institué le champion de cette pénétration constante et bienfaisante du droit par la morale (2) ; il a montré comment les techniciens du droit avaient tenté de détacher le rapport juridique de ses sujets actif et passif, d'inventer des actes abstraits se suffisant à eux-mêmes malgré l'immoralité des mobiles dont ils découlent, des droits régulièrement exercés même en vue de fins condamnables, « toutes constructions juridiques qu'il ne faut certes pas dédaigner, mais que l'on ne doit considérer que comme des constructions, et sous lesquelles il est nécessaire de retrouver la règle qui explique et justifie l'obligation » (3) ; et cette règle n'a point changé, et elle ne changera jamais ; elle « ne peut être donnée et appliquée qu'en considération de l'idéal

de philosophie du droit ; Comp. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*.

(1) Ch. Appleton, *Notre enseignement du droit romain, ses ennemis et ses défauts*, dans les mélanges G. Cornil, notamment p. 68 et suiv. ; le savant romaniste estime que les professeurs de droit romain ont trop volontiers enseigné que ce droit avait nettement séparé le droit de la morale ; cette vue était complètement erronée. V. le fragment 1, § 1. Dig. *De justitia et jure*.

(2) Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, nos 14 et s.

(3) Ripert, *op. cit.*, no 203.

moral que le législateur se propose de réaliser et auquel le juge doit concourir (1) ».

255. — II. — Ces derniers mots nous amènent à examiner une autre critique qui a été fréquemment adressée à la thèse de l'abus par ses adversaires : en invitant le juge à se préoccuper de la finalité des droits et à la confronter avec les mobiles des titulaires, ne lui confère-t-on un pouvoir redoutable ? Ne laisse-t-on pas à sa merci les particuliers qui seront livrés à son arbitraire ? Et que devient alors la sécurité si nécessaire dans la vie juridique et en dehors de laquelle les transactions sont singulièrement dangereuses, car on ne sera jamais assuré que tel contrat aura été valablement conclu, que tel acte aura été régulièrement exécuté, en conformité de l'esprit de l'institution (2) ? Où s'arrêtera l'enquête indiscrète du juge ? Ne risque-t-on pas de voir, par exemple, un tribunal proclamer que le droit pour un propriétaire de demander à ses locataires le paiement du loyer ne pourra être exercé « que dans la mesure conciliable avec la nécessité de ne pas développer le paupérisme » (3) ? En réalité, avec cette machine infernale que constitue le concept de l'abus, on risque de faire sauter le droit tout entier.

Cette objection, qui présente beaucoup d'affinité avec la précédente et qu'on peut donc s'étonner de retrouver sous la plume de l'auteur de *la règle morale*— car, lorqu'on s'effraye de voir le juge transformé en censeur, c'est encore contre la confusion du droit avec la morale que l'on s'élève — a été formulée même par des auteurs en principe favorables à la thèse de l'abus ; c'est ainsi que M. Charmont, qui a tout de suite compris le véritable sens et la portée de cette thèse,

(1) Ripert, *ibid.* — Comp. Charmont, *L'abus du droit, Rev. trim. de droit civil*, 1902, p. 113 et notamment p. 121.

(2) V. A. Esmein, note précitée ; Barde, *op. cit., loc. cit.*, Bartin, 5e éd. de l'ouvrage d'Aubry et Rau, t. VI, p. 340, note 2 *bis* ; G. Ripert, *Abus ou relativité des droits*, nº 9.

(3) Barde, *op. cit., loc. cit.*

en redoute cependant les conséquences et, en quelque sorte, l'abus : « ... si nous qualifions d'abusif tout usage d'un droit qui nous choque ou qui nous déplaît, le droit lui-même ne présentera plus aucune sécurité. On se lassera bientôt de l'arbitraire du juge, et l'on reviendra par réaction à la règle romaine : *neminem ledit qui jure suo utitur*. » (1)

256. — Il ne faut voir là que les scrupules d'une conscience juridique très sévère qui s'effraie des possibilités d'une théorie dont la haute valeur morale et juridique l'avait séduite (2) ; scrupules injustifiés, à notre sentiment, contre lesquels protestent et les textes même de notre droit et les principes fondamentaux, la « superlégalité » qui le domine, et la réalisation qui en a été assurée par notre jurisprudence. Ce n'est pas à titre exceptionnel que nos tribunaux se préoccupent de la mentalité des contractants ou des plaideurs et qu'ils pénétrent, à l'aide de moyens d'investigation variés et souvent très sûrs, jusque dans leur for intérieur. Ces recherches pshychologiques sont de tous les jours, non seulement dans le domaine du droit pénal mais aussi dans celui du droit privé et c'est le législateur lui-même qui convie le juge à y procéder. Lorsqu'il fait dépendre l'attribution d'un droit, la solidité d'une situation juridique, de la bonne foi d'un possesseur (3), d'un époux (4), d'un contractant ou d'un plaideur, il fait aux tribunaux un devoir de s'enquérir de la mentalité de l'agent ; lorsque, dans l'article 1167 du code civil, il subordonne la révocation de l'acte accompli par le débiteur à l'intention de frauder ses créanciers, et cela conformément à une tradition qui remonte jusqu'à l'édit « *quæ in fraudem creditorum...* », il se préoccupe et il enjoint aux tribunaux de se préoccuper

(1) Revue de jurisprudence dans la *Rev. crit.*, 1898, p. 145.
(2) V. l'article du même auteur dans la *Rev. trim. de droit civil*, 1902, p. 113.
(3) V. pour l'acquisition des fruits l'art. 549 civ., et, pour l'usucapion, l'art. 2265.
(4) V. pour le mariage putatif, les art. 201 et 202 civ.

de la mentalité de ce débiteur ; une observation du même genre est suggérée par la disposition ajoutée à l'article 1153 du code civil par la loi du 7 avril 1900, et d'après laquelle « le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance » ; ou par l'article 486 du même code qui, à l'occasion des engagements excessifs assumés par un mineur émancipé, veut qu'il soit tenu compte, entre autres circonstances, de « la bonne ou de la mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui » ; ou par l'article 1780 qui permet au juge d'allouer des dommages-intérêts à la partie injustement congédiée, au cas de louage de services conclu sans détermination de durée. En réalité, il n'est pas jusqu'aux articles 1382 et 1383 qui ne nécessitent, pour leur application, des recherches subjectives parfois extrêmement délicates, car la « faute », qui est à la base de la responsabilité délictuelle, est une notion singulièrement fuyante et imprécise qui ne pourra être saisie et fixée que grâce à la perspicacité du juge : or, l'abus n'est lui-même, le plus souvent, qu'un délit ou un quasi-délit, une variété de faute délictuelle ; lorsqu'on demande au juge de rechercher si l'abus a été commis, ce n'est donc pas une mission nouvelle, des pouvoirs inédits qu'on veut lui conférer ; on prétend seulement le solliciter d'accomplir sa tâche traditionnelle, telle qu'elle lui a été confirmée par le texte fondamental dans lequel se trouve inclus le droit commun de la responsabilité délictuelle. Et d'ailleurs, va-t-on lui défendre de s'enquérir des faits de fraude, c'est-à-dire des mobiles des parties ? C'en serait fait alors de la maxime *fraus omnia corrumpit* qui domine et qui moralise le droit tout entier.

L'objection adressée à la thèse de l'abus et que l'on tire de la difficulté comme du danger de la tâche qu'elle prétend confier au juge, ne prouve donc pas grand-chose, parce qu'elle prouve trop ; elle dépasse le but poursuivi puisqu'elle

tend, sans que ceux qui la formulent s'en rendent toujours clairement compte, à la destruction des fondements millénaires de notre droit, à la condamnation de directives cardinales sans l'observation desquelles une société ne pourrait vivre : quoi qu'on fasse, le juge a pour mission de scruter les volontés et de sonder les cœurs ; en tous pays, à toute époque le plus large crédit lui est ouvert à cet effet par le législateur et par l'opinion publique ; à la fois maître souverain du fait et interprète de la loi, le champ des intentions des parties comme celui de l'esprit de nos institutions lui sont ouverts, et c'est en toute liberté qu'il les explore.

257. — Evidemment, dans l'accomplissement de cette tâche, des erreurs sont toujours possibles ; mais elles seront rares ; l'exemple-limite imaginé par M. Barde ne nous paraît pas devoir faire jurisprudence ; ou, s'il en arrivait autrement, c'est que vraiment la conscience sociale serait favorable à une conception foncièrement altruiste et charitable du contrat de bail, et il n'y aurait qu'à s'incliner devant la volonté collective ; éventualité chimérique, puisque l'essence même d'un contrat est de donner la sécurité, puisque la convention fait la loi des parties et que le juge ne pourrait abandonner cette directive qu'en altérant, contrairement à l'idée même qui est à la base de la doctrine de l'abus, l'esprit de l'institution. Certes, la force obligatoire du contrat a fléchi, dans ces dernières années et sous la pression des événements de la guerre et de l'après-guerre, fléchissement déplorable, justement dénoncé et critiqué par d'éminents juristes (1), mais dans lequel la thèse de l'abus n'a point de responsabilité ; fléchissement imposé par des phénomènes économiques et politiques qui ont été maintes fois mis en lumière, non par une déviation de la destination des droits : si les locataires et les fer-

(1) H. CAPITANT, *Le régime de la violation des contrats*, D. H. 1934, *Chronique*, p. 1 ; G. RIPERT, *Le droit de ne pas payer ses dettes*, D. H. 1936, *Chronique*, p. 57 ; *Le régime démocratique et le droit civil moderne*.

miers ont été autorisés à s'incruster dans les lieux loués, si le montant des loyers et des fermages a été réduit d'autorité comme celui des intérêts des dettes hypothécaires, si les plus grandes facilités ont été accordées, pour l'acquittement de leurs obligations, aux débiteurs commerçants et spécialement aux acquéreurs de fonds de commerce, ce n'est pas que les institutions fondamentales du droit des contrats et des obligations aient été bouleversées dans leur esprit même ; ce n'est pas que des buts nouveaux leur aient été assignés (1) ; mais c'est qu'à raison de conjonctures économiques, monétaires, financières et politiques, exceptionnelles autant qu'oppressives, force était de jeter du lest, d'ouvrir ces soupapes de sûreté dont parle Ihering et sans le secours desquelles la machine sociale eût risqué de sauter (2) ; la paix sociale était à ce prix ; pour une nation même, il est des cas de force majeure, des éventualités où l'Etat doit bien se rappeler que le droit est fait pour la société, non la société pour le droit ; aujourd'hui pas plus qu'hier, le créancier qui réclame son dû n'abuse de son droit ; mais une terrible nécessité contraint les pouvoirs publics à mettre ce droit en veilleuse ; les concepts de l'abus et de la relativité des droits n'ont rien à voir en cette affaire : ils sont hors de jeu.

257 *bis.* — III. — Par ces observations, nous pensons écarter du même coup le reproche qui fut souvent adressé à la thèse de l'abus, spécialement au standard de la relativité, d'exercer une action dissolvante sur l'organisation et le fonctionnement de la règle de droit : « si les tribunaux ont le droit

(1) V. le rapport du professeur J. Van Houtte au deuxième Congrès de droit international comparé, tenu à La Haye en 1937 ; l'auteur observe que les interventions de l'Etat dans le droit de propriété et en matière de contrats n'a pas modifié vraiment la structure même du droit privé (*Annales de droit commercial*, 1937, p. 284, 286).

(2) Ihering, *L'évolution du droit* (plus exactement *le but dans le droit*), traduction de Meulenaere, n° 177, p. 281 ; V. aussi p. 170 : « au-dessus du droit, il y a la vie » — Comp. L. Josserand, *Le droit entre l'idéal moral et le matérialisme économique*, *Rev. roumaine de droit privé*, 1937, p. 6.

souverain de limiter l'exercice des droits individuels, écrit-on, la règle de droit s'efface » (1) ; dans cette direction, on va jusqu'à présenter la thèse de l'abus comme un poison venu d'Asie, par le canal de la République des Soviets (2), oubliant que ce prétendu virus a une origine romaine (3) et que, seul, son essor est récent ; du moment que le Code civil soviétique consacre le concept de la relativité des droits, c'est que nous le lui avons emprunté : *post hoc, ergo propter hoc* !

Assurément, si l'on considère les droits comme autant de pouvoirs absolus, comme « des attributs de maître » (4) dont nous pouvons faire usage sans engager jamais notre responsabilité (5), on doit être profondément choqué des efforts tentés pour imprimer à ces prérogatives merveilleuses le caractère d'institutions humaines, pour les faire descendre de l'Empyrée sur la terre ; mais on sait que le prétendu absolutisme des droits n'a jamais été consacré, ni par le législateur, ni par la jurisprudence, ni même, dans sa majorité, par la doctrine, réserve faite de quelques extrémistes ; comme nous l'avons rappelé, ce n'est pas dans les espaces interplanétaires que se réalise la règle de droit, mais bien dans un monde assez peuplé où les intérêts se coudoient et s'entrechoquent ; et on n'imagine pas que les droits, qui sont la figuration juridique de ces intérêts, soient doués d'une puissance d'expansion indéfinie ; ils ont une raison d'être, une fonction à remplir, et ce n'est nullement les diminuer que de les contraindre à demeurer dans les limites et dans l'esprit de cette fonction, de rester à leur place ; c'est, bien au contraire, leur donner une nouvelle force, la force morale ; une nouvelle dignité, la dignité sociale ; c'est les faire sortir de l'abstraction pour les concrétiser, pour leur insuffler une nouvelle vie, conforme à leur tempérament ; le traitement qu'on leur fait subir est

(1) G. RIPERT, *Abus ou relativité des droits*, n° 9.
(2) *Idem.*, n°s 4 et 5, 16, 24.
(3) *Supra*, n° 2.
(4) G. RIPERT, *idem.*
(5) G. RIPERT, *idem.*, n° 19.

tonique, non débilitant ; et, par exemple, un droit de grève, limité à la défense des intérêts professionnels, est autrement bien constitué — et sympathique — qu'un droit de grève démesuré, échevelé, pouvant être exercé en toute occurrence, sans rime ni raison.

258. — IV. — Une dernière objection, d'ordre plus technique que les précédentes, a été adressée à la thèse de l'abus : ne va-t-elle pas à l'encontre de la tendance qui, depuis plus d'un quart de siècle, se manifeste dans le domaine de la responsabilité, à savoir la tendance objective (1) ? C'est un phénomène connu, que, à la différence du droit pénal qui s'individualise, qui se subjectivise de plus en plus, la responsabilité du droit privé moderne s'objective graduellement à mesure que la notion du risque refoule cette notion élastique et fuyante de la faute aquilienne, les deux notions de faute et de responsabilité tendant à se dissocier. Et voilà qu'une nouvelle théorie, prenant le contre-pied de cette tendance universelle, prétend renchérir sur les exigences psychologiques du droit et incite le juge à procéder à des recherches subjectives extrêmement délicates dont le résultat influencera de façon décisive l'issue du procès en responsabilité ! N'est-ce pas au prix d'une contradiction flagrante, d'un nonsens juridique, que l'on entend patronner et faire pénétrer dans notre droit, en voie d'objectivation, la notion subjective de l'abus ? Entre le courant subjectif et le courant objectif, il faut choisir ; c'est l'un ou c'est l'autre ; ce ne peut être l'un et l'autre.

259. — Nous nions formellement l'exactitude de cette argumentation et le bien-fondé de ce reproche ; autant que personne, nous sommes acquis à l'idée d'une responsabilité

(1) *Sic*, les thèses de doctorat de M. PORCHEROT sur l'*Abus du droit*, p. 216 et de M. BUTTIN, sur l'*Usage abusif du droit*, p. 157.

objective et cependant nous n'en sommes aucunement gêné pour accueillir le concept de l'abus, car nous estimons qu'il est parfaitement conciliable avec celui du risque : à chacun son domaine et sa fonction. Le système de la responsabilité n'est pas une construction faite d'une seule pièce ; sa structure est complexe ; les matériaux les plus divers ont été employés à le composer, ils concourent cependant à assurer l'harmonie de l'ensemble ; et, pour prendre un autre point de comparaison, de même que l'océan est alimenté par des fleuves de courant, d'intensité et d'eaux variables, ainsi ce vaste problème de la responsabilité ressortit à des tendances, à des idées, à des procédés techniques de toutes sortes dont il est tributaire et qui tous concourent au même résultat, comme tous les cours d'eau d'un régime déterminé se jettent dans la même nappe qui s'en trouve alimentée et conditionnée. En réalité, le courant subjectif et le courant objectif se rattachent au même but idéal ; ils tendent l'un et l'autre à réaliser l'équilibre des droits ; l'un comme l'autre apportent à la poursuite de cet objectif leurs mérites et leurs aptitudes ; le système de la responsabilité a deux pôles, l'un subjectif, l'autre objectif ; nous allons nous en convaincre en tentant de situer le concept de l'abus dans cette vaste organisation.

Section III.

La place du concept de l'abus dans le système général de la responsabilité.

260. — Au point où nous en sommes arrivé, et avant même que nous n'ayons pris parti sur le critère de l'abus, il nous est possible de procéder à la localisation de ce concept, de le situer, à son rang, à sa place exacte, dans le cadre général de la responsabilité.

Si l'on envisage ce cadre dans son ensemble, on s'aperçoit

qu'il réunit, qu'il sertit trois grandes théories auxquelles peuvent être ramenés tous les cas de responsabilité ; deux d'entre elles sont essentiellement objectives, tandis que la troisième, qui occupe une place intermédiaire, est d'allure composite, mais plutôt subjective : ce sont les trois issues qui sont ouvertes sur l'immense domaine de la responsabilité.

261. — Ces trois théories correspondent à trois catégories d'actes nettement distincts, que nous nommerons : l'acte *illégal*, l'acte *illicite* et l'acte *excessif*, le premier qui est incorrect en lui-même, le deuxième qui le devient par le but auquel il est voué, le troisième qui n'est productif de responsabilité qu'à raison de l'excès ou de l'anormalité du dommage qui en résulte pour autrui.

1° Lorsqu'un individu commet un acte dommageable, il y a lieu tout d'abord de rechercher si cet acte n'a pas été accompli sans droit, et, par conséquent, en violation du droit d'autrui, auquel cas la responsabilité de son auteur serait par là même engagée, car l'acte *illégal* appelle fatalement une sanction, puisqu'il est intrinsèquement incorrect et qu'il constitue une entreprise intolérable sur le droit d'autrui.

C'est, par exemple, un propriétaire foncier qui fait acte de maître sur le domaine du voisin ou qui pratique des ouvertures antiréglementaires à la limite des deux héritages ; ou bien c'est un créancier qui pratique une saisie sans être muni d'un titre exécutoire ou qui saisit un bien dont son débiteur n'est pas le propriétaire ; ou encore c'est un plaideur qui fait appel d'une décision rendue en dernier ressort ou après l'expiration des délais légaux ; dans de telles éventualités, et les exemples pourraient être multipliés à l'infini, l'agent a enfreint la légalité ; volontairement ou par erreur, consciemment ou non, il s'est insurgé contre elle ; la situation qu'il a créée ne saurait être maintenue ; elle doit prendre fin, et le plus tôt possible ; la personne intéressée à sa disparition

obtiendra presque toujours une satisfaction en nature (1), et aussi, s'il y a lieu, des dommages-intérêts ; et, pour avoir gain de cause, elle n'aura pas à prouver la faute ni même le dommage ; il lui suffira d'établir que l'acte incriminé a été accompli sans droit, donc contre son droit, qu'il est en lui-même et spécifiquement illégal, qu'il a donc rompu l'équilibre des droits ; le rétablissement de la situation s'impose et par les moyens les plus énergiques.

2° A supposer que l'acte ne rentre pas dans cette première catégorie, qu'il se présente, non pas comme la négation ou le dépassement, mais bien comme l'exercice d'un droit, il conviendra de rechercher s'il a été accompli conformément à la destination de ce droit, à l'esprit de l'institution, ou s'il ne porte pas le témoignage d'une déviation infligée à une prérogative subjective qui aurait été faussée par son titulaire, auquel cas la responsabilité de celui-ci serait engagée, non plus objectivement, mais à raison de la mauvaise impulsion donnée par lui au droit, donc subjectivement, abusivement.

C'est un propriétaire foncier qui exécute des fouilles dans son terrain en vue de tarir la source du voisin, ou qui élève des ouvrages afin de lui nuire ; c'est un débiteur qui accomplit un acte en fraude des droits de ses créanciers ; un père de famille qui retire, sans motif légitime, le consentement qu'il avait promis de donner au mariage de son enfant mineur ; un plaideur qui agit par esprit de chicane ou pour persécuter son adversaire ; un écrivain, un orateur qui se proposent, non pas de servir les intérêts du public, des bonnes mœurs, mais de discréditer méchamment un individu ou une catégo-

(1) Il y a lieu de réserver les cas où une sanction en nature serait contraire à la dignité humaine et à toute vraisemblance : c'est ainsi que le congé donné illégalement par l'une des parties à l'autre, dans le louage de services à durée indéterminée, ne saurait entraîner une satisfaction directe, laquelle consisterait, dans l'espèce, dans le maintien du contrat envers et contre la volonté de celui qui a voulu s'en évader : la partie congédiée devra alors se contenter d'une indemnité pécuniaire, encore qu'elle soit la victime d'un acte accompli sans droit (V. *suprà*, n° 141 *in fine*).

rie d'individus. Tous ceux-là ont agi dans l'exercice d'une faculté légale, le droit de propriété, le droit, pour un débiteur, d'administrer son patrimoine, ou, pour un père de famille, de rétracter sa promesse de consentement au mariage de l'enfant mineur, ou, pour le plaideur, d'exercer les voies légales, enfin, pour l'écrivain ou l'orateur, de manifester, d'extérioriser leur pensée. De tels actes ne sont nullement illégaux ; mais ils sont fautifs, comme constitutifs d'un détournement de droit ; s'ils ne violent pas la lettre même de la loi, ils en choquent l'esprit, et, comme tels, ils sont illicites, injustifiés, abusifs.

Mais les conditions de réalisation de la responsabilité de l'agent ne seront plus celles qui entreraient en jeu si l'acte eût été illégal ; il ne suffira pas au demandeur de prouver la réalité de l'acte ; il devra encore établir et le détournement et le dommage ; sans détournement, pas d'abus, et sans dommage, pas de réparation. De plus, et bien que la sanction en nature soit en principe due à la victime, nous verrons que son fonctionnement se heurte parfois à des difficultés ou même à des impossibilités qui font alors passer la réparation pécuniaire au premier plan, sinon théoriquement, du moins dans la réalité des faits. Ce n'est donc pas seulement par son principe que cette seconde forme de la responsabilité diffère de la première, c'est aussi par son mode de réalisation pratique et par les conséquences auxquelles elle aboutit (1).

3° L'acte dommageable a été accompli en vertu d'un droit et conformément à sa destination : il n'est donc ni illégal, ni illicite. En thèse générale, il ne sera pas productif d'obligations, étant irréprochable en lui-même et dans sa genèse comme dans sa finalité ; son auteur bénéficiera d'une complète immunité.

Toutefois, il en va autrement si le dommage causé est

(1) Pour plus de détails sur les intérêts que présente la distinction des actes accomplis sans droit et des actes simplement abusifs, V. *suprà*, n° 247.

excessif ou encore anormal, comme si les vapeurs pestilentielles d'une usine nuisent aux récoltes avoisinantes ou comme si les fumées d'une locomotive causent un dommage à une blanchisserie établie à proximité d'une gare de chemin de fer ou d'une voie ferrée, ou comme si les étincelles d'une locomotive incendient les récoltes ou les forêts riveraines. L'acte aussi éminemment, aussi anormalement dommageable est constitutif de risques : celui qui a créé de tels risques doit en supporter l'incidence : responsabilité sans faute et responsabilité purement objective.

Ici, le demandeur en indemnité doit prouver et le dommage — qui apparaît alors au premier plan — et le caractère anormal du risque : car la rupture d'équilibre entre les droits rivaux ressort, non pas de l'acte en lui-même, non pas des mobiles qui l'ont inspiré, mais de ses effets, de son potentiel de nocivité. Et c'est bien pourquoi le plaignant ne pourra émettre la prétention d'obtenir une satisfaction en nature : concevrait-on qu'il voulût empêcher une compagnie de chemins de fer de faire circuler des locomotives sur les voies de son réseau ? Du moment que l'acte dommageable est légal et licite, il pourra se renouveler, sauf pour la victime à obtenir une indemnité pécuniaire.

262. — C'est ainsi, c'est sous la forme de ce triptyque que nous apparaît le système moderne de la responsabilité : la théorie subjective de l'acte abusif y figure entre les théories objectives de l'acte illégal et de l'acte excessif. Au reste, nous ne prétendons pas qu'elle constitue, à elle seule, tout ce panneau intermédiaire, lequel est occupé par l'acte fautif dont l'acte injustifié abusif n'est qu'une des nombreuses variétés ; l'essentiel est de constater qu'elle figure à cette place, encadrée et précisée qu'elle se trouve par les théories très différentes et foncièrement objectives de l'acte accompli sans droit, ou acte illégal, et de l'acte irréprochable, en lui-même comme dans son origine et dans ses tendances, mais cependant des-

tructeur de l'équilibre social par l'énormité ou l'anormalité du préjudice qui en découle : c'est entre ces deux formes de la responsabilité objective que vient s'encastrer le concept de l'abus qui voisine avec les autres fautes auxquelles peut se prêter l'exercice des droits définis comme l'usage de la liberté même, source de tous nos droits et, par conséquent, de tous nos devoirs.

263. — *L'abus des droits et les conflits de droits.* — La place que nous venons d'assigner à la thèse de l'abus dans le domaine de la responsabilité va nous permettre de juger la valeur d'une conception qui a été présentée par différents auteurs et qui prétend ramener ladite thèse à la notion du conflit des droits (1) ou bien à celle d'un conflit d'intérêts.

Que cette conception présente une part de vérité, c'est ce qu'il est impossible de nier ; elle est d'ailleurs familière à notre jurisprudence et on la retrouve dans quantité de jugements et d'arrêts (2) : le droit de chacun finit là où commence le droit d'autrui, également respectable. Aucun doute sur l'exactitude juridique et sociale de cette position à laquelle nous nous rallions bien volontiers.

Mais il nous paraît tout aussi certain qu'elle est insuffisante à caractériser le concept de l'abus et à lui assigner sa place dans le vaste champ de la responsabilité ; car elle est tout aussi valable pour les autres chefs de cette responsabilité. Lorsqu'un litige s'élève entre propriétaires de fonds contigus à l'occasion de plantations, de jours ou de vues, de mur mitoyen, c'est un problème de conflit de droits rivaux que le juge doit résoudre ; lorsque des voisins réclament une indemnité à raison des dommages qui leur sont causés par les fumées pestilentielles qui se dégagent des cheminées d'une

(1) V. notamment en ce sens l'article de M. MARC DESSERTEAUX, *Rev. trim. de droit civil*, 1906, p. 119 : « *Abus de droit ou conflit de droits* », et celui du doyen G. MORIN, *Recueil d'études en l'honneur* d'EDOUARD LAMBERT, t. II, p. 467, surtout p. 472.

(2) V. Req. 3 juin 1926 (D. H. 1926.345).

usine, c'est encore un conflit de droits et d'intérêts qui surgit et que le tribunal aura la mission de dénouer ; et cependant, ainsi que nous l'avons démontré, dans le premier cas comme dans le deuxième, l'abus n'est pas en cause et la responsabilité qu'il s'agit de mettre en œuvre est purement objective. Au vrai, les abus de droits ne sont donc pas, à eux seuls, tous les conflits de droits, mais seulement une certaine catégorie de ces conflits : ils sont l'espèce, une des espèces d'un genre plus vaste et qui les dépasse ; ils sont des conflits de droits et d'intérêts spécialisés, caractérisés par un détournement fonctionnel d'une prérogative subjective ; en les qualifiant de conflits de droits, on fait connaître leur régime ethnique, la famille à laquelle ils ressortissent, mais on laisse dans l'ombre leur individualité propre, telle que nous nous sommes attaché à la caractériser.

CHAPITRE II

LE CRITÈRE DE L'ABUS

L'esprit des droits et le motif légitime.

---

264. — Nous supposons désormais que la réalité du concept de l'abus est hors de discussion : l'exercice abusif des droits n'est point protégé par la loi ; il évoque une sanction que nous aurons à déterminer par la suite. Mais à quoi va-t-on le reconnaître ? Quels symptômes vont le dénoncer ? Où trouver la pierre de touche, le critère de l'abus ?

Dans la recherche à laquelle nous allons nous livrer à cette occasion, nous éviterons, autant que possible, de raisonner abstraitement ; nous nous demanderons, non point quel serait, en législation, le critère idéal, mais quelle est, dans notre droit positif français, tel que nous l'avons exposé au cours de la première partie de cette étude, la pierre angulaire de tout l'édifice ; ce que nous voulons systématiser, ce n'est point un corps de doctrines et de fictions, c'est notre jurisprudence française, telle qu'elle s'est constituée progressivement, sous la pression des faits et pour les différentes prérogatives juridiques ; nous tenterons de ramener ses innombrables décisions d'espèce à une même directive, à un même commun dénominateur.

L'entreprise peut paraître ardue, tellement est mouvante, semble-t-il, l'optique de nos tribunaux qui invoquent, pour dénoncer l'abus, l'existence d'éléments très différents et qui

se laissent guider par des points de repère dont la diversité est faite pour déconcerter d'abord.

265. — *Plan*. — Nous commencerons par énumérer et par étudier ces différents points de repère ; après quoi nous scruterons la notion du motif légitime ; nous rechercherons si le système jurisprudentiel est objectif ou subjectif ; enfin, nous montrerons dans quel rapport étroit ce système se trouve avec l'esprit même des droits : autant d'ordres d'idées auxquels nous consacrerons autant de sections.

Section I.

La gamme des critères jurisprudentiels.

266. — Une constatation liminaire doit être faite, qui contribuera à éclaircir le problème, à en faciliter la solution : en thèse, non pas constante, mais très générale, nos tribunaux cherchent l'élément constitutif de l'abus dans le mobile auquel l'agent a obéi ; selon que ce mobile était correct ou blâmable, licite ou illicite, l'acte accompli sera lui-même normal ou abusif ; le problème devient ainsi, pour notre jurisprudence, un problème de téléologie juridique : « à chacun selon ses intentions » ; et il devient du même coup un problème de finalité : les droits ne peuvent être utilisés qu'en vue de certains buts, de certaines fins ; c'est la fin qui justifie l'emploi des moyens : mais ceux-ci ne justifient pas, n'immunisent pas la fin en vue de laquelle ils sont utilisés ; la valeur du but retentit bien sur les procédés employés, mais sans réciprocité : nos droits, si forts et si étendus qu'ils soient, ne sauraient purifier l'objectif immoral ou illicite en fonction duquel ils sont exercés : nos actes valent surtout par nos intentions qui les qualifient et qui les colorent.

Ainsi comprise, sous l'angle du mobile, la théorie de l'abus

nous apparaît comme essentiellement subjective ; elle impose au juge des recherches d'ordre psychologique que certains trouvent périlleuses et qui sont du moins fort délicates. Mais ce serait rendre un compte inexact de notre jurisprudence que de cantonner ainsi le concept de l'abus dans un domaine purement subjectif : comme nous l'établirons plus loin (1), la théorie de l'abus présente en réalité une double face, l'une subjective, l'autre objective, puisqu'elle implique la confrontation des motifs de l'agent — élément personnel et subjectif — avec la fonction, le but du droit en cause — élément social et objectif.

267. — *Plan*. — Cette observation faite, nous allons examiner les différents critères auxquels nos tribunaux se réfèrent et que nous ramènerons, en dépit de leur diversité, aux quatre catégories suivantes :

1° L'intention de nuire et ses dérivés ou ses succédanés (critère *intentionnel*) ;

2° La faute dans l'exécution (critère *technique*) ;

3° Le défaut d'intérêt légitime (critère *économique*) ;

4° Le détournement du droit de sa fonction sociale (critère *social* ou *finaliste*).

I. — L'INTENTION DE NUIRE ET SES DÉRIVÉS OU SES SUCCÉDANÉS : DOL, FRAUDE.

(critère intentionnel).

268. — L'intention de nuire représente, traditionnellement, la forme typique, l'aliment normal de l'abus des droits ; historiquement, il semble bien qu'elle se trouve à l'origine même de la théorie dont elle a constitué le premier linéament,

(1) *Infrà*, nos 302 et s.

la première manifestation (1) et la conception « la plus timide » (2) ; les maximes : *Malitiis non est indulgendum* et *fraus omnia corrumpit*, sont aussi vieilles que la règle sociale elle-même dont elles consacrent l'inaptitude à réaliser délibérément l'injustice. Cette fonction du concept de l'abus est tellement importante et tellement nécessaire (3) que certains auteurs lui ont attribué une valeur exclusive et qu'ils ont vu, dans l'intention de nuire, plus ou moins largement comprise, l'unique critère, l'unique symptôme annonciateur et constitutif de l'abus (4). Et il faut bien reconnaître que notre jurisprudence, sans se montrer aussi exclusive, se réfère le plus souvent à cette pierre de touche presque infaillible, comme nous avons pu nous en convaincre en passant en revue, dans la première partie de cette étude, les différents droits, notamment la propriété (5), les hypothèques (6), le recours aux voies légales (7), le droit d'extérioriser sa pensée (8) et le droit de libre concurrence (9), ainsi que la faculté, reconnue au patron, de refuser l'embauchage d'ouvriers syndiqués (10) et le droit de reprise du propriétaire d'un local commercial, industriel ou artisanal (11) : dans le langage de nos tribunaux comme

(1) HAURIOU, *Police juridique et fond du droit, Rev. trim. de droit civil*, 1926, p. 308.

(2) L. HUGUENEY, note S. 1937.1.217.

(3) V. H. et L. MAZEAUD, t. I, nº 563. — Cependant, M. BARTIN se refuse à voir, dans l'acte accompli en vue de nuire à autrui, un acte abusif. AUBRY et RAU, 5e éd., t. VI, § 444, p. 340, note 2 *bis*.

(4) *Sic.*, FERRON, note S. 1905.2.17, et, plus récemment : TRASBOT, *La propriété commerciale, Rev. de droit commercial*, 1926, p. 121, notamment p. 128 et p. 134. Pour M. TRASBOT « dans la doctrine dominante, l'abus du droit se caractérise par l'intention de nuire prouvée par l'inutilité totale de l'acte pour son auteur ». Cette affirmation ne cadre, ni avec l'état de la doctrine, ni avec celui de la jurisprudence et encore moins avec celui de la législation, comme M. TRASBOT est amené à le constater lui-même au sujet du louage de services et de la propriété commerciale.

(5) *Suprà*, nos 13 et s.

(6) *Suprà*, nº 34.

(7) *Suprà*, nos 39 et s.

(8) *Suprà*, nos 157 et s.

(9) *Suprà*, nos 169 et s.

(10) *Suprà*, nº 96.

(11) *Suprà*, nº 153.

dans la doctrine de nos auteurs, l'intention de nuire constitue la pièce maîtresse du système à qui elle donne son aliment ordinaire. Et certes, s'il est un but essentiellement et constamment antisocial, c'est bien la poursuite du malheur, de l'infortune, de l'appauvrissement de notre prochain ; les droits, prérogatives sociales, qui sont établis pour réaliser la paix sociale et pour assurer un juste équilibre des intérêts en présence, ne sauraient être mis au service de la malice, de la méchanceté, de la malfaisance ; leur origine, leur essence, leur finalité s'opposent irréductiblement à jouer ce rôle impie et dérisoire par quoi ils se renieraient eux-mêmes ; l'acte accompli sous le coup de la volonté de nuire ne doit pas bénéficier de la protection légale, encore qu'il se présente hypocritement ou cyniquement sous l'aspect de l'exercice d'une faculté légale : *summum jus summa injuria*.

Si cette conclusion est acceptée par tous les systèmes législatifs ou jurisprudentiels, elle veut du moins être précisée pour être ramenée à des limites exactes : qu'est-ce au juste que l'intention de nuire ? Comment cette notion doit-elle être comprise ? Est-elle, à elle seule et toujours, constitutive d'abus et, conséquemment, génératrice de responsabilité ?

269. — *L'intention de nuire non abusive*. — Sur ce dernier point, bien des réserves sont à formuler ; ce n'est pas toujours que la volonté de nuire à autrui imprime à l'acte accompli sous son empire un caractère abusif.

Il faut d'abord mettre à part les droits absolus, les droits non causés qui peuvent être exercés dans une pensée quelconque, en vue d'une fin quelconque, sans engager jamais la responsabilité de leurs titulaires. Nous avons précédemment signalé l'existence de ces droits souverains sur lesquels nous reviendrons (1), tels les droits, pour un ascendant, de faire opposition au mariage de son descendant mineur (2), ou, pour

(1) *Infrà*, nos 306 et 307.
(2) C. civ., art. 179, al. 1.

un propriétaire foncier, de couper les racines qui empiètent sur son fonds (1), ou, pour un père de famille, d'avantager un de ses enfants au détriment des autres et dans les limites objectives, mathématiques, de la quotité disponible (2). Ces différentes prérogatives, assez peu nombreuses, peuvent être mises impunément au service de la rancune, de la méchanceté, de la jalousie ou de la malveillance ; elles sont considérées comme portant en elles-mêmes leur propre justification, leur propre finalité : on ne saurait en abuser.

270. — D'autre part, et ici la dérogation est beaucoup moins flagrante, il est des cas où un acte, bien que susceptible de devenir abusif, ne présente pas ce caractère du seul fait que son auteur l'a accompli en vue de nuire à autrui ; la loi ou la jurisprudence exigent, pour qu'il y ait abus, une circonstance aggravante, soit une intention à double détente, soit des manœuvres caractérisées, soit un véritable complot.

Une intention à double détente : nous avons vu que les diffamations ou les injures dirigées contre la mémoire des morts ne sont sanctionnées pénalement qu'autant que l'auteur se serait proposé d'atteindre les héritiers vivants (3).

Des manœuvres caractérisées : c'est ainsi que, dans la formation des contrats, la malveillance n'entraîne la nullité de l'acte qu'autant qu'elle vient prendre corps dans la notion du dol — lequel implique une véritable machination — ou dans celle de la violence — laquelle est un dol aggravé — ou enfin dans celle de la lésion, qui revêt d'ailleurs, dans notre droit français, une allure essentiellement objective, inconciliable avec le concept de l'abus (4). Parfois, de telles ma-

(1) C. civ. art. 673.

(2) C. civ. art. 913. — Nous avons également rangé, parmi les droits absolus, le droit négatif de ne pas contracter, du moins si celui qui se dérobe n'avait pris aucune initiative et n'avait aucunement amorcé les tractations, *suprà*, n° 92 ; et MOREL, *Rev. trim. de droit civil*, 1908, p. 299 et 300.

(3) *Suprà*, n° 160.

(4) *Suprà*, n°s 103 et 104.

nœuvres ne suffisent même plus ; il y faut un complot, une collusion pour que l'abus existe: c'est ainsi que le refus, opposé par le créancier et le débiteur, à l'acquittement de la dette par une tierce personne, ne revêt un caractère abusif qu'autant que l'accord des opposants est entaché de collusion (1) ; c'est ainsi surtout qu'en matière de transcription, et d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, la seule connaissance que le second acquéreur aurait eu de la première aliénation, ne suffit pas à destituer de leur efficacité les formalités de la transcription auxquelles il a procédé avant son concurrent ; pour en arriver là, il faudrait que le premier acquéreur fît la preuve d'une entente, d'une collusion entre l'aliénateur et le deuxième acquéreur ; jusque-là, la transcription effectuée en premier lieu remplira sa fonction, elle fera du second acquéreur un propriétaire *erga omnes* (2). Ainsi l'exige, au sentiment de la Cour suprême, le mécanisme même de la transcription et l'autorité qui doit y être attachée : si son efficacité pouvait être contestée sur des allégations tirées de la moralité des ayants cause, de la connaissance qu'ils ont pu avoir de la situation exacte, l'institution manquerait son but qui est de fixer cette situation officiellement, une fois pour toutes et de tarir les contestations entre ayants cause d'un même auteur ; seul, un complot ourdi entre cet auteur et l'un de ses ayants droits, un *concert frauduleux* serait de nature à destituer la transcription frauduleuse de ses effets habituels et à faire jouer à cette occasion la règle de l'abus; alors seulement, le deuxième acquéreur mésuserait de la transcription et violerait l'esprit même de l'institution; il y aurait *abus de transcription*.

271. — *L'abus sans intention de nuire prouvée.* — Nous venons de voir que l'intention de nuire n'était pas toujours

(1) *Suprà*, nº 124 *bis*.
(2) *Suprà*, nº 111.

et nécessairement constitutive, à elle seule, de l'abus ; nous allons noter qu'à l'inverse l'abus peut exister, à raison de la malignité de l'auteur de l'acte, mais sans qu'on puisse véritablement relever chez lui le désir de nuire à autrui.

Il en est ainsi, d'abord, dans les cas où la loi et la jurisprudence se contentent de la *mauvaise foi* de l'agent, notion qui est nettement distincte de la volonté nocive. C'est ainsi que d'après l'article 1153 alinéa 4 du code civil, « le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance » (1) ; sans doute, cette sanction civile n'est point encourue par cela seul que le retard du débiteur est injustifié (2), mais elle fonctionne du moment que ce débiteur est en état de mauvaise foi et quand bien même il n'aurait pas eu la ferme intention de causer un préjudice à son créancier ; l'abus contractuel est ici constitué par la seule connaissance, chez le débiteur, du préjudice particulier qu'il causait à son créancier (3).

272 — D'autre part, et dans les cas même où l'intention de nuire, le *consilium fraudis* est de rigueur, il arrive que, par suite d'une présomption, cette intention se déduise de la simple conscience de causer un dommage à autrui ; ainsi en est-il en matière d'action paulienne, conformément à une règle qui n'est écrite nulle part dans la loi, mais qui fait partie intégrante de notre droit coutumier : de ce fait connu, la conscience, chez le débiteur, de déterminer ou d'aggraver sa responsabilité, nos tribunaux concluent à ce fait problématique, dont la démonstration directe est malaisée, l'in-

(1) Comp. pour le droit des sociétés, l'art. 1869, c. civ.
(2) Civ. 7 mai 1924 (D. P. 1926.1.128 ; S. 1925.1.78).
(3) Même arrêt. Comp. la note de M. P. Esmein, S. 1916.2.9 ; H. et L. Mazeaud, t. III, n° 2340 ; Planiol et Ripert, *Traité de droit civil*, t. II, n° 270 ; Colin, Capitant et de la Morandière, t. II, n° 112.

tention de nuire aux créanciers ; la règle de forme retentit ainsi sur le fond même du droit et l'on peut dire, sinon doctrinalement, du moins pratiquement, que la seule conscience de nuire équivaut à l'intention nocive elle-même (1).

273. — Ce procédé technique à l'aide duquel on résout fort simplement une grosse difficulté de preuve a paru tellement heureux qu'on a pensé à le généraliser et à l'étendre, en thèse générale, à la matière de l'abus. Mais, comme le constate M. Charmont, qui note cette position possible pour la combattre aussitôt (2), une telle généralisation serait injustifiée : l'exercice d'un droit est très fréquemment l'occasion et la cause d'un dommage pour autrui, sans qu'il soit possible d'en faire grief au titulaire, lequel a agi dans la plénitude de ses droits et confor mément à ses légitimes intérêts ; le commerçant qui étend le cercle de ses affaires n'ignore pas que son succès a pour corollaire un ralentissement des opérations de ses concurrents et que ses nouveaux clients sont ordinairement prélevés sur la clientèle des commerçants similaires ; cependant nul ne songerait à lui imputer sa réussite à faute et à conclure de la conscience même qu'il a de son succès à son intention de nuire à ses concurrents ; son but n'est pas de nuire à autrui, mais bien de réussir lui-même ; le dommage causé est un résultat, non une fin, et, dans cette mesure, envisagé sous cet aspect, il échappe à toute critique.

274. — *L'abus du droit et la fraude à la loi* (3). — L'acte accompli dans le but de tourner une règle d'ordre public, une institution fondamentale, nous offre un nouvel exemple

(1) *Suprà*, nº 106. Dans l'injure et dans la diffamation, l'intention de nuire est également présumée. *Suprà*, nº 159.

(2) CHARMONT, *Rev. crit.*, 1898, p. 144.

(3) V. RIPERT, *La règle morale*, nºs 168 et s. ; 173 et 174 ; — M. DEMOGUE se demande si les deux notions d'abus de droit et de fraude diffèrent réellement (*Traité des obligations*, t. IV, nº 687) ; et il semble bien conclure dans le sens de la négative et avec raison, car la fraude n'est qu'un des éléments constitutifs, un des chefs d'abus possibles.

d'abus, pour cause de malignité, de supercherie, mais en dehors de toute intention de nuire : le disposant qui insère dans l'acte de donation ou dans le testament une clause d'inaliénabilité qu'il colore de mobiles inexacts, se propose en réalité de faire échec à la règle de la libre transmission des biens, laquelle est d'ordre public et ne fléchit que dans une proportion et à des conditions soigneusement aménagées par notre jurisprudence ; les parties qui dissimulent une fraction du prix de vente entendent éluder le paiement d'une portion des droits d'enregistrement ; les époux qui recourent au subterfuge de la naturalisation pour obtenir un divorce plus facile (1), ou pour contracter un mariage fictif (2), les contractants qui se rendent en territoire étranger en vue de se placer sous la protection de la règle *locus regit actum* (3), le propriétaire qui refuse le renouvellement d'un bail commercial, industriel ou artisanal, afin d'obtenir de son locataire une majoration illicite du loyer (4), et, d'une façon plus générale, tous ceux qui tentent de frauder la loi, d'en tourner, par des procédés variés, les dispositions impératives, tous ceux-là n'ont en aucune façon le dessein de nuire à qui que ce soit ; ce sont leurs propres intérêts qu'ils veulent assurer, mais par des procédés inadmissibles qui leur font prendre figure de rebelles à la loi : en lutte ouverte ou sournoise avec nos institutions, ils seraient malvenus à prétendre qu'ils restent dans l'esprit desdites institutions ; ils ne s'en servent pas, ils en abusent, et une sanction interviendra sous une forme ou sous une autre.

275. — Il faudrait donc se garder de voir dans l'intention de nuire un bloc indivisible, concentrant dans son unité tous les mobiles malveillants, malicieux, délictueux ; l'analyse à laquelle nous venons de nous livrer montre que ce bloc est

(1) *Suprà*, nº 200.
(2) *Suprà*, nº 200 *bis*.
(3) *Suprà*, nº 153.
(4) *Suprà*, nº 201.

fait de matériaux très divers entre lesquels une discrimination doit être faite et qui concourent, dans des mesures différentes et suivant des nuances parfois délicates, à la constitution de ce délit générique : l'abus d'un droit déterminé.

Mais ce n'est pas tout, et l'intention nocive se prête ou semble devoir se prêter à un autre travail de discrimination dans les cas, assez nombreux, où elle ne résume pas à elle seule tous les mobiles auxquels a obéi l'agent : à supposer qu'elle coexiste avec d'autres préoccupations, soit concomitantes, soit plus lointaines, va-t-elle cependant jouer encore son rôle dissolvant et imprimer à l'acte, dans la genèse duquel elle est intervenue pour partie, un caractère abusif ?

276. — *L'intention de nuire mélangée d'autres mobiles.* — On sait comment le code civil allemand a résolu le problème dont nous venons de poser les termes ; il l'a fait de façon intransigeante en ne retenant l'intention de nuire, comme élément constitutif de l'abus, qu'autant qu'elle a joué un rôle exclusif dans la genèse de l'acte et à condition que cette exclusivité soit au-dessus de toute discussion, de toute possibilité ; tel est du moins le langage de l'article 226 aux termes duquel « l'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui (1) ». Il suffit donc qu'une autre explication soit concevable pour que l'acte demeure licite ; la moindre possibilité de rédemption assure son salut. On a voulu éviter, en resserrant ainsi le concept de l'abus dans des limites étroites et certaines, les contestations des parties et l'arbitraire du juge auxquels un système plus largement conçu aurait pu prêter (2).

En France même, cette doctrine intransigeante a compté des partisans au nombre desquels il semble qu'on puisse compter le procureur général Ronjat qui, dans ses conclusions au

(1) Traduction officielle du code civil allemand.
(2) V. *suprà*, n° 211 et les commentaires qui accompagnent l'art. 226 dans la traduction officielle.

sujet de l'affaire du syndicat de Jallieu, s'exprimait ainsi : « S'il est en effet permis d'user de son droit, de tout son droit, pour la protection et pour la sauvegarde d'un intérêt légitime, si minime qu'il soit et quel que soit le préjudice qui doive en résulter pour autrui, l'usage d'un droit cesse d'être licite et engendre une action en dommages-intérêts lorsqu'il a pour *unique* mobile la volonté de nuire à autrui... » (1) Cette opinion est partagée, sous une forme assez hésitante, il est vrai, par M. Ripert (2) et par M. Demogue (3) ; elle a été adoptée par certaines juridictions, du moins dans les motifs de leurs décisions (4) ; elle ne nous paraît cependant rien moins que sûre et elle appelle les plus expresses réserves.

277. — Il convient d'abord de traiter à part le cas où l'intention de nuire et le mobile concurrent figureraient sur des plans différents, où la volonté nocive serait mise au service d'un but plus lointain, où elle agirait comme un levier pour exercer une pression sur la volonté du patient. En pareille occurrence, et par exemple si elle fonctionne comme un procédé de chantage, il est de toute évidence que, malgré son défaut d'exclusivité et bien qu'elle joue seulement le rôle de cause seconde, elle suffira généralement à vicier l'acte accompli sous sa pression. Chemin faisant, nous avons rencontré plusieurs exemples de cet alliage et il nous suffira de rappeler l'affaire Clément-Bayard pour en faire comprendre et la possibilité et les conséquences : le propriétaire foncier qui avait édifié des ouvrages offensifs sur son terrain ne se proposait pas, comme fin dernière, de détériorer les enveloppes des dirigeables sortis du hangar contigu ; son but véritable, son secret espoir étaient de contraindre le voisin à se rendre acquéreur, au prix fort, de la parcelle sur laquelle il avait

(1) V. ces conclusions D. P. 1892.1.449.
(2) Ripert, *op. cit.*, nº 98.
(3) Demogue, *op. cit.*, t. IV, nº 682.
(4) V. Chambéry, 22 juill. 1912 (D. P. 1913.2.177, note Josserand).

fait des préparatifs belliqueux ; l'intention de nuire n'était, dans l'espèce, qu'une cause seconde, la cause première résidant dans une pensée de lucre. Cependant, nul doute qu'en pareil cas et dans toutes éventualités analogues, la responsabilité du titulaire du droit ne soit engagée pour cause d'abus (1).

Il en serait autrement, cependant, si la tentative de pression sur le patient se trouvait légitimée par des circonstances exceptionnelles, comme si un syndicat professionnel recourt à des mesures de rétorsion à l'encontre de maisons d'édition de musique allemande qui ont décidé de boycotter la musique française ou belge aussi longtemps que durerait l'occupation de la Ruhr ; une telle mesure, prise en réponse à une offensive économique, constituant elle-même un procédé de pression sur le gouvernement français, se justifie par les conditions mêmes dans lesquelles elle intervient ; elle ne présente aucun caractère abusif (2).

278. — La question est plus délicate lorsque l'intention de nuire s'accompagne d'un autre mobile qui en est indépendant, avec lequel elle coexiste simplement et qui est lui-même légitime ; le titulaire du droit peut justifier d'un intérêt avouable ; il fait ainsi d'une pierre deux coups en servant ses intérêts et en desservant ceux de son ennemi ; il joint l'utile à l'agréable, par exemple en élevant un mur immense qui clora son domaine et qui assombrira la propriété du voisin. Cet alliage de mobiles divers est assurément embarrassant ; comme l'observe M. Ripert, le titulaire du droit peut alors « discuter le lien de causalité qui unit ses sentiments à son acte (3) » ; car cet acte a une double cause dont une seule, par hypothèse, est illicite : ne faut-il pas admettre qu'un seul motif licite sauve la situation et justifie l'exercice du droit ?

(1) *Suprà*, nos 22 et 23.
(2) Paris, 11 juin 1926 (D. H. 1926.383).
(3) Ripert, *op. cit., loc. cit.*

Cette solution, vraiment trop bienveillante, à laquelle se range M. Ripert, nous paraît dangereuse : si l'on admet que le moindre bon grain peut ainsi purifier l'ivraie, on fait vraiment la partie trop belle à la malice humaine. Dans l'immense majorité des cas, le titulaire du droit pourra se réclamer d'un mobile avouable, d'un intérêt légitime : le mur gigantesque par lui élevé lui procurera de l'ombre ou l'abritera du vent ; et même, en le construisant, n'aura-t-il pas voulu assurer charitablement de la main-d'œuvre à des ouvriers, à une époque de chômage ? Son imagination ne sera pas à court pour sauver la face et la théorie de l'abus pour cause de malveillance restera à l'état de lettre morte.

En réalité, lorsque plusieurs mobiles ont commandé à un acte, il est bien rare que tous doivent être mis sur le même plan ; l'un d'eux a été prédominant, déterminant ; c'est celui-là qui doit compter, non les autres, et s'il est à base de malice, de malveillance, de nocivité, il engage la responsabilité de l'agent. N'est-ce point d'ailleurs cette solution qui a prévalu pour le dol contractuel, lequel entraîne la nullité du contrat du moment qu'il a été *principal*, c'est-à-dire déterminant ? (1) Il faut généraliser : l'intention de nuire est constitutive d'abus du moment qu'elle a été principale, déterminante, et c'est au juge qu'il appartiendra de rechercher si, dans l'espèce qui lui est soumise, elle a joué un rôle de premier plan.

Il nous semble, d'ailleurs, que c'est cette position qui a, en définitive, les préférences de la doctrine (2) comme de notre jurisprudence : nous verrons que nos tribunaux considèrent que celui-là abuse de son droit qui, ayant plusieurs manières de l'exercer, choisit celle qui causera un dommage à autrui (3) ; et nous savons comment la cour de Lyon et la cour d'Or-

(1) C. civ., art. 1116.
(2) V. H. et L. MAZEAUD, t. I, n° 567 ; comp. DEMOGUE, t. IV, n° 682.
(3) *Infrà*, n° 289.

léans ont résolu le problème d'abus du droit d'extérioriser sa pensée qui s'était posé devant elles à propos de deux affaires retentissantes, la deuxième surtout, et où les mobiles les plus désintéressés, les plus élevés, voisinaient avec le dessein de nuire (1) ; dans les deux cas qui leur étaient soumis, ces deux juridictions prononcèrent une condamnation contre l'auteur de l'acte à genèse complexe, en considérant que la volonté de nuire avait joué un rôle prépondérant dans l'exercice du droit.

279. — Telle est la place importante, la fonction d'avant-garde qu'occupe, dans la théorie de l'abus et en tant qu'élément constitutif de ce concept, l'intention de nuire envisagée sous son aspect le plus étendu, en lui faisant englober tout dessein malveillant, malicieux ou délictueux et en ramenant à son emprise le dol et la fraude elle-même. Presque toujours, elle suffit à rendre abusif l'exercice d'un droit quelconque, alors même, c'est du moins notre sentiment, qu'elle ne présenterait pas un caractère d'exclusivité et pourvu qu'elle eût été déterminante ; mais il est cependant des cas où elle reste, à elle seule, inopérante, notamment lorsque le droit exercé est un de ceux, qui, abstraitement conçus et non causés, peuvent impunément devenir les instruments des pires passions et permettre d'atteindre tous les buts, fussent-ils inavouables. Telle qu'elle est comprise et traitée par notre jurisprudence, elle constitue un des cas d'ouverture d'abus les plus fréquents et les plus pratiques ; elle représente, pour la théorie de la relativité des droits, un minimum, une première étape dont on a pu se contenter pendant longtemps, mais qui a été délibérément franchie et dépassée grâce à la prise en considération d'autres critères plus amples et plus féconds.

(1) *Suprà*, nº 163.

II. — La faute dans l'exécution

(critère technique).

280. — Depuis longtemps, on a renoncé à cantonner la théorie de l'abus dans le domaine intentionnel pour reconnaître que l'exercice d'un droit peut revêtir un caractère abusif en dehors, chez le titulaire, de l'*animus nocendi*. Ce n'est pas assez que cet exercice ait lieu de bonne foi, il faut encore qu'il se réalise correctement et, pour ainsi dire, selon les règles de l'art.

Voilà plus de trois quarts de siècle que cette conception était formulée par Larombière en des termes excellents : « Pour qu'une parfaite irresponsabilité, écrivait cet auteur, garantisse l'exercice d'un droit, il faut que celui qui l'exerce en use prudemment, avec les précautions ordinaires, sans en abuser et sans en excéder les justes limites (1). » Demolombe n'était pas moins formel lorsqu'il affirmait que nous ne saurions, même de bonne foi, franchir impunément la limite qui sépare notre droit du droit d'autrui (2). Plus récemment, Edmond Picard s'est placé au même point de vue lorsqu'il a protesté contre le fétichisme dont les prérogatives subjectives sont entourées traditionnellement et lorsqu'il a préconisé leur compression pour réaliser ce qu'il appelle très heureusement la « Justice juridique (3) ». S'il est vrai que les droits sont secourables à ceux qui sont diligents et vigilants — *vigilantibus jura succurrunt* — il est de toute nécessité d'ajouter qu'ils n'assurent une protection efficace et méritée qu'à ceux qui en font un emploi correct : leur maniement ne doit avoir lieu qu'à bon escient, conformément à la technique sociale dont on ne saurait se départir

(1) Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. VII, p. 544.
(2) Demolombe, t. XXXI, nº 471 ; *suprà*, nº 240.
(3) Picard, *Le droit pur*, p. 383 et s.

sans courir le risque d'engager sa responsabilité, fût-ce par une imprudence, une négligence, une faute non intentionnelle.

281. — *La faute lourde.* — Cette conclusion ne souffre pas de difficulté en tant qu'elle vise cette sorte de faute particulièrement grave, inexcusable, qu'on dénomme faute lourde. Traditionnellement, ce genre de faute est assimilé au dol, lui-même constitutif d'abus dans l'opinion unanime ; assimilation dont le mérite est contestable en logique et en justice pure, voire même en droit positif français (1), mais dont la réalité est de jurisprudence et de doctrine constantes au point de faire partie intégrante de notre droit coutumier ; assimilation que l'on tente de justifier pratiquement et par l'énormité du manquement au devoir juridique et surtout par les difficultés que présenterait la preuve directe du dol, de l'intention de nuire. Comme il arrive en pareil cas, on s'efforce de tourner la difficulté formelle à l'aide de déductions, de présomptions, et c'est une présomption de ce genre qui est au fond de l'assimilation traditionnelle de la faute lourde au dol : de ce fait connu, la faute grossière, la sagesse des nations conclut à ce fait inconnu, l'intention dolosive, et cette déduction est entrée si profondément dans notre conscience juridique qu'elle acquiert toute la valeur d'une règle écrite et que sa méconnaissance tomberait sous la censure de la Cour de cassation.

C'est quotidiennement et à l'occasion de l'exercice des différents droits que nos tribunaux invoquent et réalisent cette équipollence de la faute lourde au dol, mais plus spécialement, nous l'avons vu, à l'occasion de l'emploi des voies légales (2) ; dans une formule devenue de style, la Chambre civile de la Cour de cassation, et après elle les cours d'appel

(1) V. L. JOSSERAND, note D. P. 1933.1.49, et *Cours de droit civil positif*, 3e éd., t. II, nº 612 *quater*.
(2) *Suprà*, nos 59 et s.

ainsi que les tribunaux, proclament que celui qui recourt aux voies judiciaires engage sa responsabilité lorsqu'il agit « par malice ou par esprit de vexation, ou même par une erreur grossière équivalente au dol (1) ». Il y a, sur ce point et dans cette mesure, chose jugée et définitivement jugée.

282. — *La faute simple*. — La controverse demeure ouverte, au contraire, pour la faute simple, c'est-à-dire pour celle que peut commettre un homme d'intelligence et de prudence moyennes. Si des juristes de la valeur de Larombière, d'Edmond Picard, de MM. Colin et Capitant (2), Ch. Beudant (3), Demogue (4), Henri et Léon Mazeaud (5), Gaudemet (6) retiennent encore ce genre de faute en tant qu'élément constitutif de l'abus, bon nombre d'auteurs, ou bien se refusent à aller jusque-là, ou bien se montrent hésitants et flottants lorsqu'ils ne se contentent pas d'éluder purement et simplement la difficulté (7).

283. — Il importe cependant de l'examiner et de la résoudre, dans un sens ou dans l'autre. Mais il faut bien comprendre, au préalable, qu'elle ne présente pas tout l'intérêt qu'on

(1) *Ibid.*

(2) COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE, t. II, nº 198 ; ces auteurs distinguent deux séries d'hypothèses d'abus des droits ; dans la première, ils placent les actes accomplis avec intention de nuire, dans la deuxième les « actes accomplis sans une diligence suffisante ». La même méthode est suivie par M. LALOU (*La responsabilité civile*, nºs 410 et s.).

(3) Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français* publié par son fils Robert BEUDANT, 1re éd., t. IV, nº 1181. « L'exercice d'un droit est entaché de faute : 1º lorsque la personne qui exerce ce droit a agi uniquement avec l'intention de nuire, — 2º lorsqu'elle a commis une négligence ou une imprudence qu'un homme très diligent, placé dans les mêmes conditions, n'aurait pas commise ».

(4) DEMOGUE, t. IV, nº 686.

(5) H. et L. MAZEAUD, t. I, nºs 568 et s., notamment nº 576.

(6) GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, t. I, p. 317, nºs 231, 236 ; G. RIPERT, abus ou relativité des droits, *Rev. crit.*, S. 1925.1.217 ; comp. SAVATIER, note D. P. 1928.1.73.

(7) V. BONNECASE, Suppl. au traité de BAUDRY-LACANTINERIE, t. IV, *législation et jurisprudence*, 1929, p. 52 ; BRÈTHE DE LA GRESSAYE, note. *Rec. Sirey*, 1925.1.217.

pourrait d'abord lui attribuer, car la faute ne constitue pas toujours un facteur original et isolé du concept de l'abus, mais elle se rattache parfois à un autre chef dans lequel elle vient en quelque sorte se perdre en dépouillant son individualité.

Nous avons fait précédemment cette constatation pour la faute lourde qui, étant traditionnellement égalée au dol, voisine donc avec le critère intentionnel auquel elle emprunte toute sa valeur irritante ; nous devons la renouveler, mais dans des termes et dans un sens différents, pour la faute simple qui se ramène fréquemment, non pas au critère intentionnel précédemment étudié, mais au critère économique dont nous fixerons les traits par la suite : dans de très nombreux cas, en effet, la faute commise par le titulaire consiste à avoir utilisé son droit, de façon dommageable pour autrui, sans intérêt appréciable pour lui-même ; il a nui pour rien, non pas intentionnellement sans doute, mais sans avantage, sans contre-partie, de telle sorte que l'acte par lui accompli est économiquement mauvais et répréhensible : c'est, par exemple, un propriétaire qui exécute sur son fonds des ouvrages complètement inopérants pour lui mais préjudiciables au voisin (1) ou qui, ayant le choix entre plusieurs manières d'exercer son droit, opte, sans en retirer un profit personnel, pour le mode d'exécution le plus défavorable à son entourage (2). En se comportant ainsi, il commet une faute (3), mais une faute d'ordre économique qui vient se fondre dans le troisième chef d'abus que nous avons distingué et que nous retrouverons ci-après, en sorte que la responsabilité de l'agent est engagée de toute façon et quel que soit le parti que l'on prenne sur le problème général que nous examinons ici (4).

(1) *Suprà*, nos 22 et s.
(2) *Suprà*, no 27. Comp. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. VII, p. 544.
(3) V. H. et L. MAZEAUD, t. I, no 569.
(4) Même observation pour l'imputation des paiements ; *suprà*, no 126.

284. — Mais il n'en sera pas toujours ainsi ; parfois, la faute commise répugne à se ranger sous une autre rubrique, à se concrétiser dans un manquement économique, et c'est alors qu'il devient pratiquement intéressant de savoir si elle est, ou non, et par elle-même, constitutive d'abus.

La jurisprudence a eu assez souvent l'occasion de résoudre cette difficulté et, très généralement, elle l'a fait dans le sens favorable au concept de l'abus ; on a pu s'en convaincre par l'exposé jurisprudentiel auquel nous avons procédé dans la première partie de cette étude ; et, sans évoquer ici toutes les décisions intervenues en ce sens, nous rappellerons que le bailleur d'immeubles abuse du droit que lui confère une clause simplement restrictive s'il s'oppose, sans raison plausible, à la sous-location ou à la cession de bail, et cela quand bien même il ne commettrait, en résistant ainsi à la combinaison présentée par le preneur, ni dol ni faute lourde (1). Nous avons pu constater également qu'un créancier engage sa responsabilité en refusant un procédé de paiement de nature à lui donner toute satisfaction (2) ; qu'en matière de résiliation unilatérale du louage de services à durée indéterminée, le congé devient abusif du moment qu'il n'est point justifié par une cause légitime, lorsqu'il est donné à la légère, par caprice, donc lorsqu'il est simplement fautif (3). De même, la responsabilité du propriétaire foncier peut être engagée envers son voisin, en dehors de toute intention de nuire, de toute faute vraiment lourde comme de manquement économique, et du moment qu'une négligence a été relevée à sa charge (4).

(1) *Suprà*, nos 129 et s.
(2) *Suprà*, no 125.
(3) *Suprà*, no 143.
(4) V. *suprà*, no 27. — Bourges, 19 févr. 1872 (D. P. 1872.2.184). Dans l'espèce, la cour observe d'abord que le propriétaire n'a fait qu'exercer son droit en pratiquant des fouilles sur les limites extrêmes de son terrain ; mais il a commis une faute en ne donnant pas au voisin un avertissement en temps utile comme aussi en ne prenant pas toutes précautions en vue d'éviter à celui-ci un dommage injuste ; il a ainsi commis une faute dans l'exécution, une faute d'ordre technique qui suffit à engager sa responsabilité.

Le recours aux voies légales permet de procéder aux mêmes constatations, soit qu'un créancier ait manqué à la « délicatesse » en opposant à une tentative d'ordre amiable un refus injustifié (1), soit qu'il ait pratiqué une saisie excessive, soit qu'il ait exercé une action à la légère ou qu'il ait formé un appel téméraire (2) ; et nous avons eu précédemment l'occasion de signaler que l'abus de formalisme était susceptible de constituer une faute et d'engager la responsabilité de l'homme ou de l'établissement trop consciencieux qui a multiplié inutilement, quoique dans une intention louable, les précautions dont il avait le devoir de s'entourer, et quand bien même cet établissement aurait un caractère officiel, un caractère public, comme c'est le cas pour la caisse des dépôts et consignations (3) ; de même que le médecin traitant d'un asile d'aliénés abuse de son droit du moment qu'il retient, sans motif valable tiré de l'intérêt du malade ou des tiers, les lettres écrites par un pensionnaire de l'établissement, et cela alors même ce praticien n'aurait agi ni malicieusement, ni de mauvaise foi (4). Au reste, le législateur n'a-t-il pas indiqué lui-même la voie à suivre lorsque, dans l'article 1869 du code civil, et à propos de la renonciation des associés, il a assimilé le désistement fait à contre-temps à celui qui serait effectué de mauvaise foi ? (5) On engage ainsi sa responsabilité, non seulement lorsqu'on commet un dol, une fraude ou une faute lourde, mais aussi en manquant à la délicatesse, à la mesure, à l'opportunité, en un mot en commettant une faute dans l'exécution, une erreur dans la tech-

(1) Trib. civ. Chaumont, 17 déc. 1859 (S. 1868.2.353).
(2) *Suprà*, nos 52 et s. ; 59 et s.
(3) Civ., 29 janv. 1920 (S. 1923.1.319). V. *suprà*, no 196.
(4) *Suprà, ibid.*
(5) Art. 1869 C. civ. : « La dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée, et s'opère par une renonciation notifiée à tous les associés, pourvu que cette renonciation soit de bonne foi et non faite à contre-temps. » Le droit de révocation du mandant appelle des observations de même genre : exercé par pur caprice, sans motif sérieux, il engage la responsabilité du titulaire, *suprà*, no 139.

nique, un contre-sens quelconque, pourvu qu'il soit nettement caractérisé.

284 *bis*. — Cette solution va de soi et s'impose tout naturellement à qui se rappelle et admet que la responsabilité inhérente à un abus de droit a son siège dans les articles 1382 et 1383 du code civil, et qu'elle présente donc un caractère délictuel ou quasi-délictuel. Ces textes sanctionnent la faute simple aussi bien que le dol ou la faute lourde ; les simples négligences ou imprudences sont génératrices de responsabilité au même titre que les actes positifs ; l'article 1383 s'en explique formellement, et cette précision vaut pour l'abus d'un droit comme pour tout autre délit ou quasi-délit ; comme l'écrivent MM. H. et L. Mazeaud, rien ne justifierait à cet égard une exception au droit commun, la création d'un « terrain réservé » dans l'application des règles générales de la responsabilité civile (1) ; l'abus, faute simple, égale en puissance obligatoire l'abus, faute lourde ou faute intentionnelle. En formulant cette proposition, nous demeurons exactement dans le cadre de la théorie classique de la responsabilité délictuelle (2).

285. — Cependant une ombre apparaît sur ce tableau, jusqu'à présent si net : on se rappelle le conflit qui s'est élevé et qui se perpétue en se précisant, entre la chambre civile et la chambre des requêtes lorsqu'il s'agit de fixer le critère de l'abus des voies de droit, et, spécialement, du droit d'agir en justice, la chambre civile ne retenant que le dol et la faute lourde alors que la chambre des requêtes paraît bien faire état de la faute simple, pour elle annonciatrice de l'abus au même titre que le dol (3).

A notre sentiment, le désaccord entre les deux chambres

(1) H. et L. Mazeaud, t. I, n° 576.
(2) V. Demogue, t. IV, n° 686.
(3) *Suprà*, n°s 59 et s.

qui n'est pas purement verbal, ainsi que nous l'avions d'abord estimé, provient d'une position vicieuse de la question ; pour l'aplanir et pour en rendre le retour impossible, il suffirait de se rappeler que l'abus consiste invariablement, comme nous l'avons toujours supposé et comme nous le démontrerons par la suite, dans le détournement d'un droit par rapport à sa destination, à sa mission sociale ; dès lors, et ce critère général étant admis, il est assez peu intéressant de rechercher si le titulaire du droit a commis une faute lourde ou seulement une faute simple ; en réalité, là n'est pas la question ; ce qu'il faut savoir et ce qu'il faut décider, c'est s'il a usé de son droit conformément à l'esprit de l'institution, c'est-à-dire pour la sauvegarde de ses intérêts légitimes, ou s'il ne lui a pas fait subir une déviation, s'il ne l'a pas faussé, pour une raison ou pour une autre, malice, malveillance, esprit de chicane, de tracasserie, témérité, aveuglement ou légèreté ; le recours aux voies légales, comme l'immense majorité des droits, a une finalité dont il ne doit pas être détourné ; c'est un instrument, une arme qui veut être employée socialement, *civiliter* ; du moment qu'elle est utilisée, qu'elle est maniée incorrectement, méchamment, gauchement, à tort et à travers et non plus conformément à la règle sociale, à l'esprit de l'institution, elle met en jeu la responsabilité de celui qui en mésuse ; et il importe assez peu de doser, suivant des procédés périmés, la gravité de la faute commise, de la faire rentrer dans les vieux cadres, en partie effacés ; il suffit qu'elle consiste, de quelque qualificatif qu'on l'affuble, en un détournement du droit à l'occasion duquel elle a été commise et dont elle représente la mise en œuvre injustifiée : hors de là, il n'y a plus que des questions de mots, qu'une controverse purement verbale et ne correspondant à aucune réalité saisissable (1).

(1) Comp. BRÈTHE, note S. 1925.1.217, notamment p. 221, col. 2 et 3 ; l'auteur reproche à la doctrine et à la jurisprudence de commettre une erreur grave *en faisant consister l'abus du droit dans la faute.*

286. — Quant à savoir si la faute commise est telle qu'il convienne d'y découvrir un détournement de droit, c'est là une question de fait qui sera tranchée par les juges du fond ; il est évident qu'une erreur de compétence commise par le demandeur ne rentrera pas, en principe du moins et à elle seule, dans la catégorie des fautes constitutives de l'abus, car on ne peut pas dire qu'en se trompant ainsi, en saisissant tel tribunal au lieu de tel autre, ce plaideur ait faussé l'esprit même de l'institution ; on ne peut pas découvrir, dans sa conduite, le motif illégitime qui constitue en dernière analyse, comme nous le soulignerons, le critère concret le plus sûr de l'abus (1) ; mais il en serait autrement s'il avait saisi la justice d'une demande inconsidérée, sans fondement sérieux, apparemment et évidemment injustifiée (2).

En résumé, la faute non-intentionnelle est prise en considération dans la mesure où elle dénonce la déviation d'un droit par rapport à sa finalité, où elle se confond avec le motif illégitime et sans distinguer d'après sa gravité intrinsèque : il ne suffit pas d'exercer nos droits conformément à la bonne foi, il faut encore les réaliser correctement, prudemment, dans le plan de l'institution : il n'y a pas seulement la bonne volonté, il y a aussi la manière ; il n'y a pas seulement l'intention, mais il y a en outre la technique qui est susceptible d'exercer son influence et de déterminer cette réaction juridique qui a nom : l'abus du droit.

Nous ne nous approprions nullement cette critique : à notre sentiment, l'abus est bien une faute, seulement c'est une faute *sui generis*, une faute spécialisée, consistant dans la déviation infligée à un droit qu'on utilise contrairement à son esprit ; et, dès lors, la distinction des trois fautes (*lata, levis* et *levissima*) ne trouve plus d'emploi.

(1) Comp. Req. 6 nov. 1900 (D. P. 1901.1.12).

(2) *Suprà*, nos 44 et s.

III. — Le défaut d'intérêt légitime

(critère économique).

287. — Ce critère est assurément celui qui a rencontré le plus de faveur auprès des auteurs, et les plus éminents ; il a été consacré, à maintes reprises, par nos juridictions qui s'y sont référées nettement, parfois en termes exprès.

On peut le caractériser en disant qu'il s'inspire de la définition fameuse que Ihering a donnée des droits où il voyait « des intérêts juridiquement protégés ». Les facultés subjectives sont conférées à l'homme par les pouvoirs publics en vue de la satisfaction de ses intérêts, non pas d'intérêts quelconques certes, mais d'intérêts légitimes. Du moment qu'il les utilise en vue et en fonction de ce but, il est assuré de la protection légale, quand bien même il causerait un préjudice à autrui, et, dans cette mesure, il est fondé à invoquer la règle *neminem laedit qui suo jure utitur* ; il peut répondre victorieusement à la victime de ces agissements : *feci, sed jure feci* ; ses actes sont licites et ne sauraient donc engager sa responsabilité. C'est seulement si le titulaire exerce sa prérogative en dehors de tout intérêt, ou encore pour la satisfaction d'un intérêt illégitime, qu'il en mésuse, qu'il en abuse et qu'il cesse de pouvoir prétendre à la protection de la loi, comme si un propriétaire foncier exécute sur son domaine des ouvrages dénués de toute portée pratique ou destinés, dans sa pensée, à nuire à autrui : l'intérêt légitime est le fondement et la mesure de l'exercice des droits et de la protection qui leur est accordée par les pouvoirs publics ; de même que « sans intérêt, pas d'action », de même et par une suite logique, « sans intérêt, pas de protection juridique ».

288. — Cette conception, d'ordre économique et utilitaire, a été préconisée par des auteurs dont l'autorité est grande : voilà longtemps déjà que Pardessus posait en règle générale

qu'il n'est pas permis « d'user de son droit sans utilité pour soi et d'une manière nuisible pour autrui » (1). M. Sourdat ne se place pas à un point de vue différent lorsqu'il estime que la responsabilité de l'agent est engagée à raison du dommage résultant « d'un mode particulier d'exercer un droit qui n'a pas d'utilité pour son auteur, ou qui pourrait être évité » (2) ; Saleilles, dont les idées furent, à vrai dire, assez flottantes en pareille matière, considérait que l'abus du droit réside « dans l'exercice anormal du droit, exercice contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif, exercice réprouvé par la conscience publique et dépassant par conséquent le critérium du droit, puisque tout droit, au point de vue social, est relatif » (3) ; et M. Charmont, se ralliant à cette formule, reconnaît que « la détermination du but économique, social du droit exercé peut être un meilleur critérium » que l'intention de nuire. M. Gény estime qu'on ne découvrira « la mesure, juste et vraie, des droits individuels, qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient » (4) ; et M. Bartin adopte la même position en écrivant que « l'exercice d'un droit peut devenir illégitime lorsqu'il ne répond plus à l'intérêt en vue duquel ce droit a été reconnu par la loi, quel que soit d'ailleurs le mobile, malicieux ou non, qui l'explique » (5). M. Brèthe a développé et adopté les mêmes idées dans une longue note de jurisprudence consacrée à la théorie de l'abus (6) ; et l'on peut considérer que M. Demogue s'y rallie lorsqu'il écrit que « dès qu'un acte objectivement apparaît

(1) PARDESSUS, *Traité des servitudes*, 8e éd., p. 51.
(2) SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, 6e éd., t. I, nº 440.
(3) SALEILLES, *Etude de l'obligation*, 2e éd., p. 371 ; et aussi, dans la *Rev. bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1895, t. V, p. 3.
(4) GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., t. II, nº 173 ; l'auteur voit une application de cette politique dans la nouvelle rédaction de l'art. 642 c. civ., aux termes duquel « celui qui a une source dans son fonds peut toujours user des eaux à sa volonté *dans les limites et pour les besoins de son héritage* ».
(5) AUBRY et RAU, 5e éd., t. VI, § 444.
(6) BRÈTHE, note S. 1925.1.217.

comme présentant pour son auteur un intérêt sérieux et licite, cet acte n'est pas un abus de droit, jusqu'à preuve d'une action accomplie uniquement pour nuire » (1).

289. — Les décisions judiciaires s'inspirent des mêmes préoccupations et des mêmes tendances lorsque, soit dans leur dispositif, soit dans leurs motifs, elles relèvent que le titulaire du droit n'a retiré et ne pouvait espérer retirer aucun profit de l'acte par lequel il a causé un dommage à autrui et qui se présente donc sous l'aspect d'un acte économiquement mauvais, d'un contre-sens économique, et, à ce titre, d'un acte abusif.

Le droit de propriété a été maintes fois l'occasion, pour nos tribunaux, de rendre cet hommage à l'ordre économique, soit que le titulaire eût accompli un acte qui ne pouvait lui être d'aucune utilité, soit que, ayant eu le choix entre plusieurs modes d'exercices de sa prérogative, il eût opté précisément pour celui qui était de nature à nuire à autrui et qui, par hypothèse, lui avait nui effectivement dans l'espèce (2). Dans le premier ordre d'idées, il faut rappeler l'arrêt par lequel la cour de Colmar assigna pour limite au droit de propriété « la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime », et refusa au propriétaire la possibilité de nuire à autrui par un acte « ne se justifiant par aucune utilité personnelle » (3) ; le jugement du tribunal civil de Sedan qui se réfère au même critérium (4) ; les trois décisions rendues sur l'affaire des sources de Saint-Galmier par le tribunal civil de Saint-Etienne, la cour de Lyon et la Cour de cassation, qui soulignent toutes trois le défaut d'utilité que les travaux incriminés présentaient pour celui qui les avait entrepris et poursuivis en toute con-

(1) DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. IV, nº 682.
(2) V. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, 6e éd., t. I, nº 439.
(3) Colmar, 2 mai 1855 (D. P. 1856.2.9) ; et *suprà*, nº 22.
(4) *Suprà, ibid.*

naissance de cause (1) ; enfin, les divers jugements et arrêts rendus à propos de manifestations bruyantes qui se trouvent légitimées uniquement par la poursuite, de la part de celui qui s'y livre, d'un intérêt légitime (2). Dans le deuxième ordre d'idées, nous rappelons que le tribunal civil de Draguignan a proclamé, sous une forme générale, que celui-là commet une faute qui, « ayant plusieurs manières d'exercer son droit, aurait choisi, sans nécessité et dans le dessein manifeste de nuire, celle qui peut être préjudiciable à autrui » (3), et nous savons que ce point de vue est celui auquel se place la Cour de cassation de Belgique, sans même exiger, semble-t-il, que le choix de l'agent eût été déterminé par l'intention de nuire et quand bien même il s'expliquerait par une négligence, un manque de jugement et de réflexion, une inadvertance (4).

Ce n'est d'ailleurs pas seulement à propos du droit de propriété que ces directives ont été consacrées judiciairement, mais à l'occasion de la plupart des facultés : recours aux voies légales (5) — action en justice, défense ou voies d'exécution (6) — droits contractuels — soit qu'il s'agisse de se dérober à la formation d'un contrat (7) ou de l'exécuter (8) ou de le résilier (9), — droit hypothécaire (10) ou droit de rétention (11) droit de coalition (12) ou liberté du commerce (13), partout ou presque l'intérêt nous apparaît comme le fondement et la justification de nos droits et de nos actes ; nous pouvons bien

(1) *Suprà*, n° 24.
(2) *Suprà*, n° 25.
(3) *Suprà*, n° 27.
(4) *Suprà*, n° 27.
(5) *Suprà*, n°s 39 et s.
(6) *Suprà*, n° 55 ; V. notamment l'arrêt du 20 mars 1929 cité en note.
(7) *Suprà*, n°s 91 et s.
(8) *Suprà*, n°s 119 et s.
(9) *Suprà*, n°s 135 et s. — Spécialement, pour le mandat, V. l'art. 2007, al. 2, c. civ. et *suprà*, n°s 137 et s.
(10) *Suprà*, n° 34.
(11) *Suprà*, n° 38.
(12) *Suprà*, n°s 177 et s.
(13) *Suprà*, n°s 169 et s.

nuire à autrui lorsqu'ainsi le veut notre intérêt, mais non pas pour rien, pour le plaisir (1) ou par indifférence, par sans-gêne ; un acte vaut par la somme des profits qu'il procure ; du moment qu'il nuit purement et simplement, et sans contre-partie possible, il est déficitaire, il rompt l'équilibre des intérêts, il est économiquement et socialement mauvais ; il devient abusif et, à ce titre, productif de responsabilité (2).

290. — Cette explication est assurément séduisante ; dans l'immense majorité des cas, elle cadre avec la réalité, les droits n'étant, nous le savons, que des prérogatives à intérêts limités ; nous la jugeons cependant insuffisante, inégale au problème qu'elle prétend résoudre et dont elle ne présente pas toute l'ampleur : spécieuse et pertinente pour les droits à fondement égoïste, tels que la propriété, elle cesse de valoir pour les facultés altruistes, telles que les puissances familiales ou le droit d'extérioriser sa pensée, pour lesquelles l'égoïsme du titulaire n'est plus sauveur, mais bien dirimant ; car c'est précisément lorsque le père de famille exerce ses pouvoirs dans son intérêt personnel qu'il en abuse, et de même pour le critique qui doit prendre en considération les intérêts du public et non son bénéfice immédiat, qui doit se conformer à l'esprit de la profession plutôt qu'à son égoïsme individuel : l'*intérêt* ne peut servir de pierre de touche pour l'exercice des facultés *désintéressées*, des droits qui sont inhérents à la fonction et qui, comme tels, se doublent de devoirs correspondants : un médecin (3), un avocat ne sauraient se soustraire à toute responsabilité en alléguant et en prouvant qu'ils ont agi dans le souci de leurs intérêts personnels.

On répondra à cela que l'intérêt envisagé n'est point nécessairement l'intérêt personnel de l'agent, mais bien l'intérêt *légi-*

(1) Trib. civ. Bordeaux, 14 déc. 1903 (S. 1905.2.17, note FERRON).
(2) SOURDAT, *op. cit., loc. cit.*
(3) *Suprà*, nº 196.

time, lequel peut être différent et extérieur à sa personnalité. Mais alors on donne à ces expressions un sens inusité au point de devenir impropre ; dans le langage juridique comme dans le langage courant, le mot « intérêt » évoque une idée d'utilité, et surtout d'utilité personnelle à l'agent ; dire que le titulaire d'un droit doit en user en vue d'un intérêt légitime, c'est dire implicitement et par cela même qu'il doit avoir en vue ses propres intérêts, ce qui est assurément faux pour le mari, le père de famille, le critique ou le médecin. L'exactitude de cette observation apparaît plus nettement encore si l'on envisage des droits qui confinent à la fonction : en disant que l'Administration doit exercer ses pouvoirs dans un intérêt légitime, ou bien on parle pour ne rien dire, ou bien on fait allusion à l'intérêt de la fonction (1) ; on vise ainsi, en des termes impropres, l'esprit même de cette fonction ; car c'est là la véritable formule et le véritable critère de l'abus : l'esprit, le but de l'institution. La notion de l'intérêt, purement économique, purement matérialiste, ne cadre pas avec tous les droits ; elle se trouve déplacée, dépaysée lorsqu'on veut l'appliquer aux prérogatives à ressort altruiste et aux fonctions ; au lieu que tout droit, quel qu'il soit, public ou privé, à ressort égoïste ou à base altruiste, correspond à une finalité, à un but, dont le titulaire ne saurait s'écarter sans commettre un détournement, un abus.

Nous arrivons ainsi au dernier et véritable critère de l'abus, celui qui est tiré du détournement du droit par rapport à sa fonction sociale, quelle qu'elle soit, économique ou morale, égoïste ou désintéressée.

(1) V. Civ. 29 janv. 1920 (S. 1923.1.319) et *suprà*, nos 192 et s.

IV. — Le détournement du droit de sa fonction sociale, de son esprit

(critère fonctionnel ou finaliste).

291. — Les critères examinés jusqu'à présent contiennent chacun une part de vérité, mais une part seulement, manifestement restreinte chez le premier, plus étendue avec le deuxième, plus considérable encore chez le troisième : c'est seulement avec le quatrième et dernier que nous arrivons à la vérité intégrale et que nous possédons enfin un instrument adéquat au phénomène juridique qu'il s'agit de fixer, un instrument à sa mesure ; les critères précédents ne nous ont fait apercevoir qu'une face ou certaines faces de la théorie de l'abus ; avec celui-ci, c'est la théorie tout entière qui va nous apparaître dans son harmonieuse unité et les cas particuliers vont se plier d'eux-mêmes à la discipline souveraine.

292. — Cette discipline n'est autre que celle de la finalité des droits, de leur relativité en considération et en fonction de leur but. Toute prérogative, tout pouvoir juridique sont sociaux dans leur origine, dans leur essence et jusque dans la mission qu'ils sont destinés à remplir ; comment pourrait-il en être autrement, puisque le droit objectif pris dans son ensemble, la « juricité », n'est autre chose que la règle sociale obligatoire ? La partie ne saurait être d'une autre nature que le tout ; l'élément participe de l'essence même de l'organisme au fonctionnement duquel il apporte sa part contributive. Cette réflexion est exacte, non seulement pour les prérogatives à caractère altruiste, telles que les puissances familiales ou les pouvoirs des administrateurs, mais aussi, et en dépit des apparences, pour les facultés les plus égoïstes telles que le droit de propriété foncière ou le droit, pour un créancier, de poursuivre son débiteur et d'exiger, par les moyens

légaux, le paiement de son dû ; si la société reconnaît de telles prérogatives au propriétaire et au créancier, ce n'est pas, en fin de compte, pour leur être agréable, mais bien pour assurer sa propre conservation ; comme la nature elle-même, et suivant la remarque profonde de Ihering, elle rattache ainsi « son propre but à l'intérêt d'autrui (1) » ; elle fait en sorte que chacun travaille, dans son intérêt bien compris, au salut de la collectivité ; elle met les égoïsmes individuels au service de la communauté, et il est vrai de dire que l'égoïsme qui ne connaît que lui-même, qui ne veut que pour lui-même, en arrive à « bâtir le monde » (2) ; il en va ainsi du monde juridique aussi bien que du monde physique ; et, puisque chaque égoïsme concourt au but final, il est de toute évidence que chacun de nos droits subjectifs doit être orienté et tendre vers ce but ; chacun d'eux a sa mission propre à remplir, ce qui revient à dire que chacun d'eux doit se réaliser conformément à l'esprit de l'institution (3) ; en réalité, et dans une société organisée, les prétendus droits subjectifs sont des droits-fonction (4) ; ils doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit ; l'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité.

293. — C'est donc un critère à la fois social et téléologique que nous adoptons, celui-là même qui est consacré par les codes soviétiques (5), polonais et libanais (6), ainsi que par le projet franco-italien d'un code des obligations (7), et qu'a-

(1) IHERING, *Zweck im recht*, trad. DE MEULENAERE, p. 25.
(2) *Ibid.*, p. 36.
(3) Cette formule est celle d'Edmond PICARD, *Le droit pur*, p. 241.
(4) V. les ouvrages précités de M. DUGUIT, et, notamment, pour la propriété, *Les transformations générales du droit privé*, p. 147, et s. : « La propriété fonction sociale. »
(5) *Suprà*, nº 216.
(6) *Suprà*, nº 216 *bis*.
(7) *Suprà*, nº 216 *ter*.

dopte en somme notre jurisprudence, soit implicitement, soit parfois en termes exprès.

Implicitement, parce que ce critère englobe, dans sa généralité, tous les critères précédents tirés de l'intention de nuire, de la faute ou du défaut d'intérêt : il est évident que l'intention de nuire, par exemple, ne cadre jamais avec l'esprit d'un droit quelconque, qu'elle ne peut pas prétendre à colorer socialement et moralement les actes que nous accomplissons en exerçant nos droits ; elle est, par elle-même et intrinséquement, antisociale, antifonctionnelle, donc abusive.

Expressément aussi : c'est fréquemment que des jugements ou des arrêts évoquent le critère finaliste en se référant à la fonction, au « pourquoi » du droit exercé et lui attribuent une valeur décisive ; selon l'heureuse formule de M. Louis Hugueney, ils en arrivent ainsi « à noyer la notion d'abus de droit dans celle plus large de la relativité des droits... » (1) ; comme le déclara le tribunal civil de Compiègne, dans l'affaire des dirigeables Clément-Bayard, « le droit de propriété ne peut pas être exercé en vue d'un but autre que celui pour lequel il (lui) a été reconnu par le législateur (2) » ; et lorsque d'autres juridictions reprochent au propriétaire d'avoir accompli un acte sans utilité pour lui-même et dommageable pour autrui (3), elles envisagent évidemment le but social, la finalité de la propriété qui est de réaliser un aménagement de la richesse aussi fécond, aussi productif que possible par une mise de l'égoïsme individuel au service de la collectivité ; dans ces conditions, l'acte purement dommageable est contraire à la fonction même du droit de propriété dont il constitue, non pas à vrai dire l'exercice, mais bien la caricature et l'abus ; tandis que d'autres prérogatives, qui tendent à un but désintéressé, sont exercées correctement, précisément

(1) L. HUGUENEY, note S. 1937.1.217, col. 2.
(2) Trib. civ. Compiègne, 19 févr. 1913 (D. P. 1913.2.177 et la note).
(3) Req. 10 juin 1902 (D. P. 1902.1.454 ; S. 1903.1.11).

dans les cas où l'agent n'a obéi à aucun esprit de lucre et ne pouvait compter retirer aucun bénéfice personnel d'un acte purement altruiste : tantôt l'égoïsme a une valeur justificative et tantôt il a une force obligationnelle, il est à la base de la responsabilité du titulaire, tellement il est vrai que la fonction sociale des droits est ici décisive ; elle l'est à ce point que l'intention de nuire elle-même ne suffit plus à constituer l'abus lorsqu'exceptionnellement l'esprit de l'institution s'y oppose, comme c'est le cas, nous le savons, en matière de transcription, puisque, seule, la complicité de l'auteur avec un de ses ayants cause est alors susceptible de destituer cette formalité de ses conséquences légales (1).

D'une façon plus générale, nos tribunaux adoptent le critère finaliste chaque fois qu'ils évoquent la notion du « motif légitime » confrontant par cela même la direction imprimée à un droit dans un cas déterminé avec la fonction et l'esprit de ce droit : nous savons et nous reverrons combien volontiers nos juridictions se réfèrent à cette notion qui constitue le critère pratique, le critère concret de l'abus (2).

294. — Dans la doctrine comme dans la jurisprudence, un courant très fort s'est dessiné en faveur de la conception finaliste, téléologique de l'abus que l'on identifie avec la violation de l'esprit des droits. C'était elle, assurément, que Laurent avait en vue lorsqu'il écrivait : « Pourquoi les droits sont-ils sanctionnés par la loi ? Parce que ce sont des facultés qui nous sont nécessaires pour remplir notre mission sur cette terre (3) » ; et encore : « les droits sont conférés pour une mission ; s'ils sont exercés méchamment, ils sont détournés de leur but ». En France, on relève une tendance et des préoccupations analogues, dans les travaux de Gény (4), de Char-

(1) *Suprà*, nos 111 et 270.
(2) *Infrà*, nos 296 et s.
(3) Laurent, *Droit civil*, t. XI, no 140. — Comp. G. Cornil, *Le droit privé*, p. 90 et s.
(4) Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, no 173, dans la 2e éd.

mont (1) et surtout de Bartin (2), du doyen Hauriou qui a su, en quelques lignes et de façon pénétrante, aller jusqu'au fond de cette théorie de l'abus où il voit « un des moyens par lesquels se réalise l'idéal collectif du commerce juridique » (3), car les hommes doivent se conformer, non pas seulement à la légalité expresse, mais encore « aux principes du commerce juridique qui sont sous-jacents à la légalité (4) ». M. Demogue dont l'esprit était toujours ouvert aux idées généreuses, même hardies, et qui fut véritablement un civiliste d'avant-garde, reconnaît que « le droit ne peut s'exercer que pour les buts admis par la loi ou les mœurs » (5). Quant à M. Ripert, il voit, ou plutôt il voyait, dans la conception finaliste, non pas la vérité d'aujourd'hui, mais celle de demain ; pour y accéder, il faudra attendre que « la technique juridique dégage les règles permettant d'apprécier les fins poursuivies dans l'exercice des droits (6) ». Mais n'est-ce point le rôle du juriste, et plus spécialement, du juge, de dégager ces règles, et ne s'emploie-t-il pas à cette tâche depuis toujours, avec une obstination et un succès croissant ? En réalité, le régime idéal que nous laissait entrevoir M. Ripert dans sa *Règle morale* et contre lequel il a pris ensuite si vigoureusement parti dans son *Régime démocratique*, est celui de notre droit positif français ; et voilà vingt-cinq ans déjà que M. Porcherot, dans une excellente thèse de doctorat, le caractérisait très heureusement en situant le critère de l'abus dans le détournement du droit de sa fonction normale : « on abuse de son droit, écrivait-il, quand, restant dans ses limites, on vise un but différent de celui qu'a eu en vue le législateur (7) ». Substi-

(1) CHARMONT, *L'abus du droit*, dans la *Rev. trim. de droit civil*, 1902, p. 113.
(2) BARTIN, dans la 5e éd. du traité d'AUBRY et RAU, t. VI, § 444, p. 340, note 2 *bis*.
(3) HAURIOU, note S. 1905.3.17.
(4) *Ibid.*
(5) DEMOGUE, t. IV, nº 684, p. 373.
(6) RIPERT, *La règle morale*, nº 103.
(7) PORCHEROT, *De l'abus du droit*, p. 215.

tuons au législateur l'idéal collectif du moment, les principes du commerce juridique de l'heure présente, et la définition de M. Porcherot sera d'une parfaite exactitude (1).

La conception finaliste et fonctionnelle de l'abus pénètre donc profondément dans notre littérature juridique comme dans le prétoire de nos tribunaux ; seule, elle est capable de rendre compte des décisions jurisprudentielles comme de suffire aux aspirations de notre société vers un aménagement plus équitable, plus social de la vie juridique ; et elle a en outre ce mérite d'assurer un parallélisme constant entre la notion civiliste de l'abus et la notion administrative du détournement de pouvoir dont le caractère téléologique est certain (2).

295. — Il est vrai qu'on lui a reproché d'être trop vague et de prêter à l'arbitraire : avec elle, le juge doit scruter les consciences, rechercher à quel mobile l'agent a obéi en exerçant son droit, se comporter comme un inquisiteur (3).

Mais cette critique n'est pas spéciale à la conception finaliste pour laquelle nous nous prononçons ; elle est dirigée, nous l'avons vu, contre la thèse même de l'abus, et, à force de vouloir trop prouver, elle ne prouve pas grand'chose, ainsi que nous pensons l'avoir établi (4). Il faut d'ailleurs remarquer que, dans notre conception, et dans le système jurisprudentiel, l'abus n'est pas nécessairement une pure affaire de mobile comme on le suppose lorsqu'on proteste contre la conception finaliste ; la preuve en est que cet abus

(1) M. HAMEL semble, lui aussi, être partisan de la conception fonctionnelle de l'abus : « le meilleur critérium, pense-t-il, est celui de la normale ; l'abus du droit commence là où finit l'usage normal du droit » (note D. P. 1925.1.196, col. 2). Cependant, ce critère de la « normale » ne nous satisfait pas complètement, car il conduirait à faire rentrer dans la catégorie des actes abusifs même les actes simplement *excessifs* par leurs conséquences, les actes constitutifs de risque, ce que nous avons jugé inadmissible (*Suprà*, nos 15 et s.).

(2) V. *suprà*, nos 192 et s.

(3) BRÈTHE, note S. 1925.1.217.

(4) *Suprà*, nos 255 et s.

peut être constitué par une simple faute et aussi par le caractère anti-économique de l'acte accompli ; ce que le juge doit rechercher, c'est moins le mobile auquel l'agent a obéi, que la direction dans laquelle il a engagé son droit, l'usage qu'il en a fait ; si cette direction et cet usage sont incompatibles avec l'esprit de l'institution, l'acte est abusif et devient donc productif de responsabilité (1). Comme nous le montrerons, la thèse de la relativité des droits, telle que nous la concevons, se présente à la fois sur un plan subjectif et sous un angle objectif (2). La tâche du juge n'est donc ni aussi ardue ni aussi redoutable qu'on veut le supposer ; elle est d'ailleurs grandement facilitée par l'emploi d'un procédé technique précieux, dont nos tribunaux font un usage constant : le *motif légitime*, au sujet duquel le moment est venu de nous expliquer.

SECTION II.

Le motif légitime.

296. — Le critère finaliste tiré du but, de l'esprit des droits, présente, comme on le lui a reproché mais dans une moindre mesure, un caractère abstrait et fugitif qui pourrait soulever de sérieuses difficultés d'application s'il n'était heureusement concrétisé grâce à l'utilisation du *motif légitime* qui en constitue l'expression sensible et comme la figuration ; ainsi qu'on l'a noté (3), il faut voir dans ce concept le critère personnel et spécialisé de ce critère universel et encore abstrait qui est donné par la destination sociale des différents droits ; ou, plus exactement encore, on doit le considérer comme l'extériorisation de ce critère abstrait, comme sa représentation

(1) A ce point de vue, nous nous séparons des conclusions de M. HAURIOU d'après lesquelles l'abus, comme d'ailleurs le détournement de pouvoir, serait uniquement affaire de mobiles.

(2) *Infrà*, nº 303.

(3) CAMPION, *op. cit.*

nécessaire et infaillible, son mode de révélation pour chaque prérogative et à l'occasion de chaque acte accompli par le titulaire : l'acte sera normal ou abusif selon qu'il s'expliquera ou non par un motif légitime qui constitue ainsi la véritable pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits et comme son précipité visible ; nous sommes tenus de mettre nos facultés juridiques au service d'un motif adéquat à leur esprit et à leur mission, sinon, nous ne les exerçons plus à vrai dire, mais nous en abusons.

297. — Cette notion du motif légitime est consacrée, en ces termes mêmes ou sous une forme approchée et équivalente, par une jurisprudence fermement établie ; constamment, il est fait mention, dans les décisions intervenues à l'occasion de l'exercice régulier ou abusif de nos droits, du *motif légitime*, ou de l'*intérêt légitime*, ou de la *cause légitime*, ou du *juste motif* ou du *mobile légitime*, toutes formules interchangeables dans le prétoire de nos diverses juridictions, correspondant, les unes ainsi que les autres, au concept de la finalité des droits, et constituant comme le *leitmotiv* de l'œuvre tout entière.

S'agit-il du droit de propriété ? La cour de Colmar proclame qu'il ne saurait être exercé que pour « la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime (1) », et le tribunal civil de Sedan devait, à une époque plus récente, s'approprier cette formule (2) ; plus près de nous encore, la Cour de cassation recourt à un langage semblable lorsqu'elle affirme que le droit de rétention ne peut être exercé que dans la mesure où il est légitime (3) et que le créancier à hypothèque générale doit se laisser guider, dans la réalisation de sa sûreté, par un « intérêt légitime et sérieux (4) ».

(1) Colmar, 2 mai 1855 (D. P. 1856.2.9) ; *suprà*, nº 22.
(2) Trib. civ. Sedan, 17 déc. 1901 (S. 1904.2.217, note S. APPERT ; *suprà*, nº 22).
(3) Req. 5 nov. 1923 (D. P. 1924.1.11). *Suprà*, nº 38.
(4) Civ. 9 mai 1905 (D. P. 1909.1.225, note DE LOYNES ; S. 1906.

Dans le domaine des obligations, la chambre civile évoque la même formule à propos de l'imputation des paiements dont la régularité, dont l'impunité sont subordonnées à l'existence d'un intérêt « légitime (1) » ; tandis que diverses juridictions subordonnent la correction de la révocation du mandataire à l'existence d'une « cause légitime (2) » dont le mandant est à même de se prévaloir, et que l'accord est fait depuis longtemps sur ce point que la résiliation du louage de services conclu pour une durée indéterminée expose son auteur à une réparation pécuniaire lorsqu'elle ne s'explique pas par des « motifs légitimes (3) », par un « juste motif (4) », par une « cause légitime (5) » ; et nous avons décrit la jurisprudence relative aux clauses simplement restrictives et d'après laquelle le bailleur d'un immeuble ne peut s'opposer à une sous-location ou à une cession de bail qu'autant que son refus lui est dicté par des « motifs sérieux et légitimes (6) », par des « raisons sérieuses et légitimes (7) », par des « griefs légitimes » (8). Le droit des sociétés, lui aussi, se réalise sous le contrôle des « mobiles légitimes » qui permettront de savoir si, dans un cas déterminé, une assemblée générale d'actionnaires a ou non abusé des pouvoirs qui lui étaient conférés par la loi ou par les statuts (9). Le droit de réponse, en principe général (10) et absolu, du moins dans la thèse jurisprudentielle,

1.489, note M. BERNARD) ; Rennes, 29 juill. 1895 (D. P. 1896.2.71) ; *suprà*, nº 34.

(1) Civ. 14 nov. 1922 (D. P. 1925.1.145, note L. JOSSERAND) ; *suprà*, nº 126.

(2) Trib. com. Lyon, 16 juin 1893 jugement confirmé en appel, Lyon, 6 avr. 1895 (D. P. 1895.2.431). *Suprà*, nº 139.

(3) Req. 22 juill., 18 juill. 1896 (D. P. 1897.1.401, note PLANIOL) ; Civ. 22 déc. 1925 (S. 1926.1.15) ; Rouen, 29 déc. 1894 (D. P. 1895. 2.228). V. *suprà*, nº 143.

(4) Trib. com. Seine, 14 mars 1916 (S. 1917.2.119).

(5) Just. paix Casablanca, 16 oct. 1924 (*Rec. des sommaires*, 1925, nº 1510).

(6) Rouen, 24 janv. 1881 (D. P. 1883.2.71).

(7) Montpellier, 19 déc. 1921 (*Gaz. Pal.*, 8-9 janv. 1922).

(8) Nancy, 12 janv. 1923 (D. P. 1923.2.169, note L. JOSSERAND). *Suprà*, nº 129.

(9) Trib. com. Seine, 17 déc. 1924 (D. H. 1925.282). *Suprà*, nº 132.

(10) *Suprà*, nºs 166 et s.

est cependant limité par « l'intérêt légitime des tiers » (1).

Il n'est pas jusqu'à la régularité d'une plainte qui ne soit appréciée à la lumière du « motif légitime (2) ».

N'est-ce point d'ailleurs un très haut magistrat qui, à propos de l'exercice du droit de grève, a déclaré qu'il est bien permis d'user de son droit, de tout son droit, mais seulement « pour la protection et la sauvegarde d'un intérêt légitime ? (3) ».

297 *bis*. — Mais ce ne sont point seulement nos diverses juridictions et leurs membres les plus qualifiés qui parlent ce langage ; c'est aussi le législateur lui-même, non seulement celui de notre époque, mais celui de la codification napoléonienne : l'article 1871 du Code civil veut que la dissolution d'une société ne soit demandée par l'un des associés avant le terme convenu que pour de « justes motifs » ; et, dans ce dernier quart de siècle, le législateur a évoqué, à diverses reprises, cette notion fondamentale, soit à propos du contrat de travail, soit à l'occasion du bail d'immeubles. Dans le premier ordre d'idées, il faut citer l'article 2 de la loi du 18 juillet 1901 (abrogé pour être incorporé dans le nouveau code du travail, article 26 du livre Ier) qui, à propos de la résiliation du contrat de travail sur l'initiative de l'employeur, vise expressément la « cause légitime » ; dans le deuxième domaine, c'est la loi du 1er avr. 1926 qui, à différentes reprises, utilise la notion du « motif légitime (4) » à laquelle la

(1) Crim. 10 mars 1938 (D. H. 1938.341).
(2) Req. 23 janv. 1912 (S. 1912.1.316). *Suprà*, n° 49.
(3) Conclusions du procureur général RONJAT (D. P. 1892.1.449). *Suprà*, n° 183.
(4) V. notamment l'art. 4-8°, modifié par la loi du 20 juin 1929 ; cette disposition vise les locataires qui, « *sans motif légitime* », n'ont pas occupé les locaux loués six mois au moins au cours de deux années successives ; l'art. 5, § 2 qui suppose que le propriétaire invoque le droit de reprise « non pas pour satisfaire un *intérêt légitime*, mais dans l'intention de nuire à l'occupant ou d'éluder les dispositions qui régissent la détermination du prix du loyer... » ; le même texte, dans sa disposition finale, qui confie au juge la mission d' « apprécier la *légitimité du ou des motifs* au jour de la signification du congé ».

loi du 30 juin 1926, relative au renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel, se réfère également dans plusieurs de ses dispositions (1). Enfin, et pour en revenir à la résiliation du louage de services à durée indéterminée, nous avons déjà constaté que la notion du motif légitime avait été évoquée à maintes reprises, à la tribune du Sénat, au cours de la préparation de la loi du 27 décembre 1890 (2).

298. — Cette revue rapide, nécessairement incomplète, des sources jurisprudentielles et législatives, nous amène à conclure que, comme nous l'avions annoncé, le concept du motif légitime est profondément ancré dans nos esprits ; il s'est infiltré peu à peu, mais avec une rapidité accrue, dans le prétoire de nos diverses juridictions et même dans notre appareil législatif ; quant aux auteurs, ils lui ont accordé droit de cité dans leurs œuvres depuis fort longtemps et il est assez symptomatique que ceux-là mêmes qui se montrent réfractaires, en thèse générale, à l'idée de l'abus, lui reconnaissent volontiers une valeur décisive, sans paraître se douter qu'ils prononcent en détail la condamnation du système par eux préconisé en bloc et qu'ils font ainsi, pour ainsi dire, pénétrer le loup dans la bergerie, puisque le motif légitime n'est autre que la pierre de touche et comme le précipité de toute la théorie de la relativité des droits (3).

(1) Loi du 30 juin 1926, art. 3, al. 8 : « Les autres conditions, proposées par le propriétaire ou par le locataire dans un *intérêt légitime* seront laissées à l'appréciation des arbitres... » ; art. 4, § 1. « Si le bailleur refuse de renouveler le bail, ou s'il refuse le renouvellement aux conditions déterminées en application des articles précédents, et si *les motifs allégués par lui ne sont pas jugés graves et légitimes* à l'encontre du locataire sortant, celui-ci aura droit à une indemnité égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement » ; art. 9, § 1 ::« sauf *motif légitime*, le droit au bail... ».

(2) *Suprà*, nº 142.

(3) C'est ainsi que DEMOLOMBE, qui s'élève à différentes reprises contre cette supposition que nous pourrions engager notre responsabilité en exerçant nos droits, estime que la rupture des fiançailles expose son auteur à des dommages-intérêts s'il abandonne « sans

A l'inverse, MM. Henri et Léon Mazeaud, qui s'affirment de très efficaces champions de la théorie de l'abus, rejettent catégoriquement le critère du motif légitime, ramenant tout, comme à leur ordinaire, à la notion de la faute qui commande, à leurs yeux, toutes les issues de la responsabilité, délictuelle ou contractuelle (1).

Cependant, même en admettant l'universalité de ce *leit-motiv* obsédant qui intervient sans cesse et qui, dans la belle œuvre de MM. Mazeaud, mène tout le jeu de la responsabilité, encore faut-il reconnaître qu'il y a faute et faute et que celle que commet une administration de chemins de fer, concessionnaire d'un service public, en faisant circuler ses locomotives sur la voie ferrée, rend un autre son que celle qui est retenue à la charge d'un plaideur téméraire, laquelle se différencie assez nettement de l'imprudence commise par le chauffeur qui tient sa gauche, qui double à droite ou qui néglige, la nuit venue, d'éclairer sa lanterne. La faute est tout un monde peuplé d'individualités fort diverses : faute contractuelle ou délictuelle, faute subjective ou objective, faute intentionnelle ou involontaire, faute lourde ou faute simple, faute professionnelle ou personnelle, faute civile ou pénale, faute positive ou négative, par commission ou par omission ; autant de variétés dont chacune est à même de revendiquer une certaine originalité ; et la faute dite « abus d'un droit » est de ce nombre. Nous entendons bien qu'en répudiant le critère du motif légitime, nos auteurs ont pour dessein d'éviter au juge la recherche de la finalité des différents droits, recherche qui leur paraît fort dangereuse et qu'ils reprochent aux rédacteurs du projet d'un code franco-italien des obligations d'avoir instituée bien légèrement (2) ; mais recherche à laquelle il est impossible de se soustraire sans saper par sa

motif légitime », « injustement » son projet de mariage. *Traité du mariage*, t. I, nos 27 et s.

(1) H. et L. MAZEAUD, t. I, no 575.

(2) H. et L. MAZEAUD, t. I, no 574.

base même toute la théorie de l'abus : car comment savoir s'il y a ou non abus, c'est-à-dire si une faute a été ou non commise, sans s'inquiéter du but social du droit ? Autant vaudrait rechercher si nous nous écartons d'une route dont nous n'avions pas, au préalable, établi la réalité et l'orientation ; on ne fait fausse route que si la bonne route existe, et on ne commet, dans l'exercice des droits, une erreur de direction que par rapport à la direction légitime ; l'usage que je fais, de telle prérogative, n'est incorrect et abusif et ne devient donc susceptible d'engager ma responsabilité, que si on le rapproche de l'usage que j'aurais pu en faire correctement, impunément ; et comment connaîtrait-on cet usage légitime sans interroger la finalité du droit en cause ?

Vainement MM. Henri et Léon Mazeaud nous objectent-ils que les décisions judiciaires, lorsqu'elles évoquent le motif ou le mobile ou l'intérêt légitime, se proposent seulement de relever, chez l'agent, le défaut d'intérêt légitime, défaut constitutif d'une faute lourde et révélatrice, bien souvent, de l'intention de nuire, sans se préoccuper de la finalité du droit. Cette appréciation est controuvée par les décisions mêmes que l'on cite, notamment par l'arrêt de la cour de Rennes du 20 juin 1932 (1) qui, après avoir déclaré que la théorie de l'abus du droit doit être maniée avec réserve, ajoute qu'elle se limite à cette formule : « que l'abus d'un droit est son détournement caractérisé pour obtenir indirectement un résultat évidemment étranger aux intérêts légitimes pour la sauvegarde desquels ce droit a été institué » ; il serait difficile de proclamer plus nettement — et plus heureusement — le caractère finaliste, téléologique, de cette théorie.

Si donc l'abus d'un droit se ramène à la notion de la faute délictuelle ou quasi-délictuelle, il faut convenir qu'il est une faute bien spéciale et qui ne saurait être dégagée qu'en interrogeant l'esprit et la finalité du droit en cause, en sorte

(1) Rennes, 20 juin 1932 (*Gaz. Pal.*, 1932.2.516).

que le mobile légitime constitue bien la pierre de touche de toute la théorie.

299. — Cette pierre de touche est d'ailleurs sujette à transformation au cours des âges, et indépendamment de toute intervention du législateur ; comme nous l'avons déjà observé et comme nous y insisterons à nouveau (1), le même droit peut changer de cause et d'esprit tandis qu'évoluent les idées et les mœurs, et tel motif, jadis justificatif, peut devenir par la suite constitutif, révélateur d'un abus. Grâce à cette flexibilité, la notion du motif légitime et avec elle, celle de l'abus constituent des instruments précieux et puissants d'adaptation du droit au milieu dans lequel et pour lequel il se réalise, instruments permettant le maintien d'institutions vieillies qui, sans eux, seraient vouées à la caducité et à la disparition, comme se trouve conjurée, grâce à eux, toute scission entre le droit et la morale, entre le précepte et les nécessités du commerce juridique.

300. — *Les motifs illégitimes*. — Bien entendu, la notion du motif légitime comporte, comme contre-partie, celle du motif illégitime qui lui fait une antithèse constante, aussi nécessaire que celle de l'ombre avec la lumière, et dont la valeur pratique est au moins égale sinon supérieure à la sienne. Nous verrons en effet que, dans le litige institué sur un abus de droit, la charge de la preuve incombe normalement au demandeur, à celui qui prétend être la victime de l'abus dénoncé ; c'est à celui-là qu'il appartient d'établir que le titulaire du droit a agi abusivement, donc sans motif légitime (2). Or, cette preuve ne peut pas toujours être administrée directement ; son caractère négatif la rend singulièrement ardue ; le demandeur préférera prendre un chemin de traverse qui le conduira plus rapidement au but ; il s'efforcera

(1) *Infrà*, n° 313.
(2) *Infrà*, n° 316.

de démontrer que son adversaire a obéi, dans l'espèce, à tel mobile déterminé, lequel est inconciliable avec la fonction du droit en cause ; il dénoncera le motif illégitime, administrant ainsi une preuve directe, plus aisée et plus sûre que la démonstration négative de l'absence de mobile légitime.

Il serait donc intéressant de dresser, en face de la liste des motifs légitimes, celle des motifs illégitimes, liste abondante, à l'aspect complexe, puisque chaque institution a son esprit ethnique, sa fonction propre, et répugne, en conséquence, à tels ou tels mobiles qui cadrent au contraire parfaitement avec d'autres prérogatives, voisines ou éloignées. Tout ce qu'il est possible de faire dans cet ordre d'idées et dans une étude d'ensemble comme celle à laquelle nous procédons ici, c'est de procéder fragmentairement en donnant des exemples, c'est de rappeler et de grouper ici, en un tableau simplement énonciatif, les principales catégories de buts illégitimes rencontrés sur notre chemin.

Au sommet de la hiérarchie, figure la *collusion*, le *concert frauduleux* (1), véritable complot intervenu entre plusieurs personnes et dirigé contre un tiers : la puissance obligatoire de cette sorte de mobile illégitime est telle qu'elle en arrive à destituer de ses effets légaux une formalité d'ordre public comme la transcription d'un acte translatif de propriété immobilière ou constitutif d'un droit réel immobilier (2) : seuls, les droits abstraits, les droits souverains, sont capables de résister à une telle épreuve (3).

Au-dessous, ou peut-être à côté, figure la *fraude à la loi* (4), la volonté de tourner une disposition impérative de notre droit écrit ou de lui faire échec : nous avons vu jouer ce mobile illégitime en traitant du droit international privé et à l'occasion du mariage, du divorce (5), de la forme des actes (6).

(1) V. *Suprà*, nos 274 et s.
(2) *Suprà*, nos 111, 270 et 274.
(3) *Infrà*, nos 306 et 307.
(4) Pour la bibliographie, V. *suprà*, no 199.
(5) *Suprà*, no 200.
(6) *Suprà*, no 201.

Le *dol* occupe, lui aussi, une place de choix dans la famille des motifs illégitimes, constitutifs de l'abus ; il implique, non pas seulement l'intention de nuire, mais encore et par surcroît l'emploi de certains moyens caractéristiques, de certaines manœuvres dont Pothier nous a laissé après les prudents (1), la définition classique. Ce type de motif illégitime est particulièrement intéressant pour le droit des contrats à propos duquel il a été retenu et classé par le législateur lui-même (2).

L'*intention de nuire* ne se confond pas absolument avec le dol ; elle peut exister en dehors de lui et en l'absence des manœuvres qui le caractérisent traditionnellement ; elle est peut-être de tous les ressorts illégitimes de la volonté celui qui présente le plus d'intérêt pratique et auquel nos juridictions se réfèrent le plus volontiers, ainsi que nous l'avons constaté au cours de cette revue de jurisprudence (3) ; son caractère antisocial est certain, toujours réserve faite des prérogatives abstraites et souveraines ; il arrive parfois qu'elle constitue un minimum au-dessous duquel l'abus du droit n'existe plus : nous en avons fait la constatation à propos de l'autorisation maritale (4).

La *mauvaise* foi occupe encore un degré légèrement inférieur dans l'échelle des mobiles illégitimes : à la différence du ressort précédent, elle n'a pas une valeur intentionnelle nettement caractérisée ; l'agent sait qu'il nuit à autrui, mais il ne se propose pas pour but de lui nuire ; le dommage par lui causé est dans sa conscience mais non dans sa volonté ; il ne correspond pas à une volition de son cerveau. Nous avons eu l'occasion de relever que ce stade de la malfaisance était visé par le Code civil, dans l'article 1153, dernier alinéa, (5).

(1) On connaît la définition de Labéon : « *Omnem colliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniandum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam* » ; tandis que Pothier se sert d'une formule plus simple : « toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour en tromper un autre » (*Traité des obligations*, nº 28).

(2) C. civ. art. 1116.

(3) *Suprà*, nºs 268 et s.

(4) *Suprà*, nº 80.

(5) *Suprà*, nº 271.

En dehors des mobiles ci-dessus énumérés et qui supposent tous la conscience, chez l'agent, du préjudice causé, voire même, à l'exclusion du dernier, la volonté d'occasionner ce préjudice, nous ne rencontrons plus que des motifs simplement fautifs ; le détournement du droit est dénoncé, concrétisé par une faute commise, faute lourde ou faute simple peu importe, comme nous pensons l'avoir démontré (1), erreur d'optique, négligence, maladresse, faute technique, manquement quelconque impliquant une utilisation du droit incompatible avec son esprit et sa fonction ; soit que le titulaire ait fait usage d'une prérogative altruiste dans son intérêt personnel ou même, tout simplement, en perdant de vue les véritables intérêts d'autrui (2), soit qu'il ait exercé une faculté égoïste sans profit pour lui-même et de façon préjudiciable à autrui (3), ou qu'il ait choisi, entre différents modes d'utilisation, celui qui était de nature à léser des intérêts légitimes (4), soit enfin qu'il ait commis une faute d'ordre technique dans la réalisation, dans la mise en œuvre de l'institution ; dans toutes ces éventualités, on peut lui reprocher d'avoir agi sans motif légitime et d'avoir donc commis un abus de son droit.

301. — On le voit, la gamme des motifs légitimes ou illégitimes est extrêmement riche et leur appréciation implique une connaissance exacte du clavier juridique : c'est au juge qu'il appartiendra, en cas de contestation, de rechercher si la règle du jeu a été respectée ou bien si elle n'a pas été transgressée, consciemment ou involontairement, intentionnellement ou par mégarde, selon la nature et l'esprit du droit en cause ; tâche assurément délicate, mais qui n'excède pas les lumières et les moyens d'investigation de nos magistrats. En l'ac-

(1) *Suprà*, nos 280 et s.
(2) *Suprà*, no 196.
(3) *Suprà*, no 283.
(4) *Suprà*, nos 27 et 283.

complissant, ils tranchent à la fois une question de fait et une question de droit : une question de fait en tant qu'ils s'enquièrent des raisons pour lesquelles le titulaire a agi ; mais une question de droit lorsqu'ils décident si ces raisons doivent être considérées comme correctes ou comme abusives. Sur le premier point, leur verdict est souverain, il échappe à la censure de la Cour suprême ; mais, sur le deuxième point, il demeure soumis au contrôle de la haute juridiction, gardienne de l'unité de l'interprétation du droit ; et, sans aucun doute, la décision qui considérerait à tort comme correct un motif en réalité abusif pouvait être censurée par la Cour de cassation de même que celle qui dénoncerait comme abusif une raison d'agir cadrant avec l'esprit et la finalité de l'institution. La Cour de cassation a fréquemment affirmé et revendiqué ses prérogatives en pareille matière, comme nous en avons fait précédemment l'observation (1) ; mais il est curieux qu'elle se soit départie de ce point de vue à l'occasion de l'exercice, par le bailleur d'immeubles, de son droit de veto en matière de sous-location ou de cession de bail (2) ; comme nous l'avons montré, rien ne justifie un tel abandon où il nous est impossible de ne pas voir une erreur et une inconséquence : le fait est du ressort exclusif des juges de fond, mais non sa qualification juridique qui rentre dans les attributions statutaires et traditionnelles de la Cour suprême.

SECTION III.

Système objectif ou système subjectif.

302.— Une des questions les plus controversées, dès l'origine, parmi celles que soulève la théorie de l'abus des droits, est celle de savoir si cette théorie est de nature subjective ou

(1) V. *suprà*, nº 141.
(2) *Suprà*, nº 130 et note L. JOSSERAND (D. P. 1923.2.169).

objective, d'ordre moral et psychologique ou bien de signification économique et sociale ; le problème est tellement embarrassant qu'il a profondément divisé la doctrine et que Saleilles s'est prononcé pour l'une et pour l'autre des opinions à quelques années de distance (1).

C'est que la solution est susceptible de varier avec l'idée que l'on se fait de l'acte abusif et suivant le critère auque on reconnaît autorité : selon qu'on s'en réfère à un critère subjectif et, plus encore, purement intentionnel, ou bien que l'on adopte comme pierre de touche de l'abus l'intérêt économique ou la fonction sociale auxquels ressortissent nos différents droits, on se fera plus volontiers une conception subjective ou de préférence une idée objective de la théorie qui subit de façon décisive l'influence de l'élément qui en constitue le centre nerveux, le point central et sensible. Et si l'on identifie cet élément, comme le fait notre jurisprudence et comme nous l'avons nous-même admis, avec le motif légitime tel que nous l'avons décrit, l'embarras redouble puisque ce motif est tiré, tantôt de l'intention, de l'état d'esprit de l'agent, et tantôt des conditions techniques dans lesquels le droit a été exercé ou de la mission sociale qui lui était dévolue, en sorte que l'acte devient abusif, ici pour des raisons d'ordre essentiellement subjectif et, par exemple, à raison de l'intention de nuire dont il est issu, et là pour des considérations d'ordre matériel et objectif, parce qu'il ne cadre pas avec l'esprit de l'institution, avec la finalité du droit dont il constitue une application erronée ou incorrecte.

303. — Le problème semble donc d'une solution malaisée et peut-être impossible : nous croyons cependant qu'une analyse un peu plus poussée de la difficulté doit nous faire

(1) SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, p. 370, note 1 ; et Rapport dans le *Bulletin de la Soc. d'études législatives*, 1905, p. 325. — M. DEMOGUE est plutôt partisan de la conception subjective (*Obligations*, t. IV, nº 680).

découvrir une issue et que cette issue est double en réalité : la théorie de l'abus, du moins dans notre droit positif français et pour qui s'en tient au système jurisprudentiel, est subjective à la fois et objective, suivant l'angle sous lequel on l'envisage.

Elle est objective si l'on s'en réfère au critère tel que nous l'avons dégagé, à savoir la fonction sociale de chacun de nos droits ; c'est parce que l'acte accompli s'écarte de cette fonction ou s'insurge même contre elle qu'il revêt un caractère abusif : à ce point de vue, la théorie est d'ordre social comme le critère même qui en constitue le point central.

Mais, pour aboutir à cette conclusion, il faut, de toute nécessité, se préoccuper de la conduite de l'agent, sinon de sa mentalité ; il faut rechercher soit pourquoi il a agi, soit comment, et s'il a obéi à un motif légitime ; il faut donc procéder à une enquête subjective et, à ce point de vue et dans cette mesure, la théorie de l'abus prend elle-même un sens, sinon intentionnel, du moins subjectif (1).

Soit, par exemple, un acte passé en pays étranger par des Français et conformément aux règles de forme en usage dans ce pays. Cet acte sera nul si le déplacement des parties a été motivé par le désir d'échapper aux exigences de la loi nationale, car alors la règle *locus regit actum* aura été détournée de sa véritable fonction qui est d'éviter à des Français de bonne foi se trouvant en pays étranger l'obligation de rentrer en France pour conclure un acte juridique ; il y aura eu dénaturation d'une règle de droit, d'une institution ; et c'est bien là un point de vue objectif. Mais, pour savoir si cette dénaturation a eu lieu effectivement dans l'espèce, il faudra s'enquérir des circonstances dans lesquelles s'est produit le déplacement des parties, il faudra scruter leurs intentions,

(1) Nous avons déjà observé que le *motif* légitime, n'est pas nécessairement un *mobile*, au sens strict du mot : le créancier qui saisit, pour une créance infime, des biens de grande valeur, n'est pas nécessairement guidé par un mobile illégitime ; mais son acte est abusif, parce qu'accompli sans motif légitime (*suprà*, n° 55).

faire œuvre de psychologue, et c'est là une enquête nettement subjective (1).

En réalité, la théorie de l'abus met en rapport l'objectif et le subjectif par cela même qu'elle implique nécessairement la confrontation d'un acte, produit d'une volonté juridique, avec la fonction sociale d'un droit, concept objectif ; et le système apparaîtra sous l'un ou sous l'autre aspect suivant qu'on regardera par l'un ou par l'autre bout de la lunette ; c'est pourquoi nous avons pu dire que la responsabilité pour cause d'abus avait un caractère mixte.

304. — Nous ne pensons d'ailleurs pas que le problème ait une sérieuse importance pratique ; peut-être même en est-il totalement dépourvu ; M. Charmont l'avait déjà pressenti lorsque, dès 1902, il écrivait : « Somme toute, l'opposition des deux points de vue, — objectif, subjectif — n'est pas irréductible : tout au moins ne faut-il pas, croyons-nous, en exagérer l'importance (2). » Cette importance est d'ordre sur-tout, peut-être essentiellement théorique ; nous nous garderions cependant de la nier : aussi avons-nous tenu à prendre parti sur un problème dont la solution constitue à vrai dire moins le point de départ de conclusions concrètes que la constatation et l'explication des résultats auxquels est arrivée notre jurisprudence ; elle représente un bilan et non un programme.

Section IV.

L'esprit des droits.

305. — L'esprit des droits nous est apparu, en dernière analyse, comme le critère même de l'abus, critère abstrait qui vient prendre corps et se cristalliser dans la notion du

(1) *Suprà*, nº 26.
(2) Charmont, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1902, p. 125.

motif légitime ; en définitive, toute cette théorie de l'abus constitue la consécration et la sanction de l'esprit dont sont animées nos différentes prérogatives et dont elle prétend assurer la parfaite observance ; grâce à elle, les droits se réalisent, non pas dans une direction quelconque, mais dans une ambiance sociale, en fonction de leur mission et en conformité de ces principes généraux qui sont, comme on l'a dit, sous-jacents à la légalité (1) et qui constituent, dans leur ensemble, un droit naturel à contenu variable et comme une superlégalité. Chacune de nos facultés tend à un but qui est déterminé par l'esprit de l'institution : c'est la théorie de l'abus qui les maintient dans le droit chemin, qui les empêche de s'en écarter et qui les conduit ainsi, d'une impulsion sûre, jusqu'au but à atteindre.

Le lien est donc étroit, indissoluble entre les deux concepts de l'esprit des droits et de l'abus, celui-ci servant de sanction à celui-là : c'est parce que nos droits sont doués d'un certain esprit, d'une certaine finalité, qu'ils sont relatifs et que leur usage peut donc devenir abusif : esprit des droits, relativité des droits, abus des droits, autant de notions connexes et inséparables, autant de faces, de manifestations d'une même vérité, le caractère social des prérogatives juridiques.

Cette cohésion du système apparaîtra plus nettement encore si, pénétrant jusqu'à l'essence même des droits subjectifs, nous les classons, d'après l'esprit qui les anime, en trois catégories :

1° Les droits non causés ;
2° Les droits à esprit égoïste ;
3° Les droits à esprit altruiste.

En reprenant les termes de cette classification, nous allons voir s'affirmer la loi de dépendance qui régit les concepts de l'esprit, de la relativité et de l'abus des droits.

(1) HAURIOU, *suprà*, n° 294.

306. — I. — Il existe, bien qu'on en ait parfois douté (1), des *droits non causés*, du moins dans leur réalisation, dans leur utilisation, car il va sans dire que leur institution même s'explique toujours par des raisons auxquelles le législateur a été sensible et en dehors desquelles leur existence deviendrait incompréhensible. Une fois concédés, ces droits peuvent être exercés dans des conditions et dans des buts quelconques sans que leur titulaire ait à rendre compte des motifs qui le font agir et sans que sa responsabilité puisse jamais être engagée à leur occasion ; l'impitoyable maxime *feci sed jure feci* devient alors l'expression d'une vérité juridique. Il existe ainsi un certain nombre de droits abstraits, de prérogatives péremptoires et souveraines qui couvrent indifféremment sous leur large pavillon les actes inspirés par des motifs louables et ceux qui sont accomplis dans une pensée malicieuse, en vue de nuire à autrui.

En général, ces prérogatives asociales ont des contours nettement arrêtés : le défaut de limitation subjective est rendu supportable par l'existence de frontières objectives très étroites ; le législateur a fait la part du feu. Tel est le cas pour le droit qui est conféré aux ascendants de faire opposition au mariage de leurs descendants, droit absolu et dont l'exercice ne saurait être productif de responsabilité quand bien même il procéderait d'un esprit de malice et de persécution (2) ; pour le droit qui appartient aux femmes de décliner la charge de la tutelle (3) ; pour la faculté qui est attribuée à tout propriétaire foncier de procéder à des plantations ou de pratiquer des ouvertures à la distance réglementaire (4), ou encore de faire couper les branches ou de trancher lui-même les racines des arbres du voisin qui avanceraient sur son propre fonds (5) ; pour le droit qui lui est reconnu d'ac-

(1) LAURENT a écrit qu'il n'existe point de droits absolus.
(2) C. civ. art. 179, al. 1.
(3) C. civ. art. 428, al. 2.
(4) C. civ. art. 671 et s.
(5) C. civ. art. 673, al. 1, 2 et 3.

quérir la mitoyenneté d'un mur dans de certaines conditions (1) ; pour la liberté qui est laissée à un père de famille d'exhéréder un ou plusieurs de ses enfants ou tous ses enfants dans les limites du disponible fixé par le code civil (2) ; ou encore pour le droit conventionnel de résiliation unilatérale, notamment dans le bail d'immeubles (3) ; ou enfin, pour borner là cette énumération, pour le droit de réponse, tel qu'il est du moins compris par notre jurisprudence et tel qu'il a été délimité par la loi sur la presse du 29 juillet 1881, modifiée par celle du 29 septembre 1919 (4) ; tous droits qui ont été soigneusement cantonnés par le législateur en vue précisément, a-t-on dit, de laisser le champ libre aux mobiles du titulaire qui peuvent jouer à volonté à l'intérieur des cadres rigides dans lesquels la prérogative, souveraine mais prisonnière, a été renfermée.

Il arrive cependant que ce caractère souverain soit reconnu à une faculté de large envergure, et notamment au droit de se refuser à la conclusion d'un contrat alors qu'on n'a pris aucune espèce d'initiative à son sujet : faculté primordiale et en quelque sorte préconstituée, qui ne constitue pas, à vrai dire, un droit défini, mais qui est partie intégrante de la liberté même et qui ne céderait que devant des considérations plus impérieuses encore, ainsi que nous l'avons montré précédemment (5).

307. — Il faut d'ailleurs reconnaître que cette première catégorie de droits tend à devenir plus nombreuse à mesure que la réglementation se précise et se développe, et pour la raison que nous indiquions plus haut : c'est ainsi notamment que la faculté d'exhérédation comportait en droit romain et

(1) *Suprà*, nº 19.
(2) C. civ. art. 913 et s.
(3) *Suprà*, nº 145.
(4) *Suprà*, nºs 166 et s.
(5) *Suprà*, nº 92.

grâce à la jurisprudence du tribunal civil des centumvirs, des limites subjectives, un testament pouvant être déclaré inofficieux lorsqu'il excluait, *sans juste motif*, un descendant, un ascendant, un frère ou une sœur du testateur ; on s'inquiétait alors des mobiles qui avaient pu inciter celui-ci à exhéréder tel de ses proches, et Justinien avait même dressé une liste des justes causes d'exhérédation. Dans notre droit civil actuel, les raisons qui ont pu dicter à un père de famille une clause désavantageuse pour l'un de ses enfants sont parfaitement indifférentes ; à la seule condition d'être sain d'esprit, il a pu valablement réduire tel de ses descendants aux limites de la réserve telles qu'elles sont tracées par l'article 913 du code civil : le droit d'exhérédation, relatif et limité subjectivement à Rome, est devenu, dans notre législation moderne, une prérogative abstraite, non causée, pouvant se donner libre carrière à l'intérieur des frontières objectives qui ont été tracées par la loi. Peut-être faut-il voir, dans la *réserve administrative* créée de toutes pièces, au profit des collatéraux, par notre jurisprudence administrative, un retour offensif de l'antique conception romaine (1) : la réduction de la libéralité adressée à un établissement public est alors prononcée en considération d'une foule de circonstances parmi lesquelles la mentalité du testateur vient certainement prendre place. Mais dans l'ensemble, il est incontestable que le nombre des droits abstraits tend à s'accroître plutôt qu'à diminuer, et cela pour cause de réglementation : la limitation dans le contenu rend plus acceptable la non-discriminition des mobiles de l'agent.

308. — II. — *Les droits à esprit égoïste.* — Comme nous l'avons précédemment noté, les prérogatives que nous plaçons sous cette rubrique n'ont point leur ultime raison d'exister dans la satisfaction des intérêts personnels du titulaire ;

(1) L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. III, nº 1691; note PLANIOL, D. P. 1893.1.217).

mais bien dans les intérêts de la société elle-même qui rattache l'égoïsme individuel à son propre but, qui met cet égoïsme au service de ses besoins vitaux, qui y voit un moyen et non une fin (1).

Sous le bénéfice de cette importante réserve, on peut maintenir la terminologie à laquelle nous nous arrêtons pour plus de commodité et faire un sort spécial à des prérogatives qui paraissent conçues et aménagées dans le seul intérêt du titulaire et à l'exclusion des intérêts d'autrui.

Mais prérogative égoïste ne signifie nullement prérogative absolue : les facultés égoïstes rentrent dans la catégorie des droits causés, et cela par définition même, puisqu'elles doivent servir aux besoins du titulaire ; l'exercice peut donc en devenir abusif et il le devient précisément du moment qu'elles ne sont pas mises au service des intérêts en vue desquelles elles ont été concédées. Et ce qui les concerne, le désintéressement apparent est suspect ; l'acte improductif — au sens large du mot — est un contre-sens, et si cet acte est en même temps dommageable pour autrui, il devient abusif et productif de responsabilité. Ici, l'égoïsme est sauveur parce que dans le plan de l'institution ; le désintéressement est pernicieux, parce que contraire à l'esprit du droit, parce qu'antifonctionnel.

Nous avons eu l'occasion de faire de nombreuses applications de ces idées, en matière de propriété individuelle (2), pour les autres droits réels et, notamment pour les privilèges et les hypothèques (3), pour le droit de rétention (4), pour le recours aux voies légales (5), la liberté du commerce (droit de libre concurrence) (6), le droit de se dérober à la formation d'un contrat qui a été précédemment amorcé (7), la faculté

(1) *Suprà*, nº 292.
(2) *Suprà*, nº 27.
(3) *Suprà*, nºs 33 et s.
(4) *Suprà*, nº 38.
(5) *Suprà*, nºs 59 et s.
(6) *Suprà*, nºs 169 et s.
(7) *Suprà*, nºs 93 et s.

d'imputer un paiement sur telle dette plutôt que sur telle autre (1), etc. Le législateur veut et la jurisprudence exige que de telles prérogatives soient exercées dans l'intérêt sérieux et légitime du titulaire, ce qui est la condamnation, non seulement des actes malicieux ou malveillants, des procédés vexatoires ou frustatoires, mais aussi des erreurs d'appréciation, des fautes techniques assez graves pour fausser le droit à l'occasion duquel elles sont commises ; l'acte doit être bon économiquement, à peine de revêtir un caractère antifonctionnel, de méconnaître l'esprit de l'institution, de présenter une nature abusive.

309. — Il faut encore remarquer que l'intérêt sérieux et légitime du titulaire n'est pas toujours un intérêt quelconque : ce peut être fort bien, dans certains cas et pour des droits déterminés, un intérêt qualifié, spécialisé : c'est ainsi, nous l'avons vu, que le droit de grève ne peut être exercé que pour la sauvegarde des intérêts professionnels de ceux qui y recourent ; hors de ce cercle restreint, nul intérêt ne serait susceptible d'assurer l'immunité aux coalisés à raison des dommages survenus au cours de la coalition (2).

310. — III. — *Les droits à esprit altruiste*. — Conçus sur un type antithétique au précédent, les droits ressortissant à cette troisième catégorie répondent à des intérêts qui sont extérieurs au titulaire, non seulement dans la réalité, mais aussi en apparence : exercés dans une pensée égoïste, ils sont détournés de leur but, ils sont faussés et les actes accomplis dans cette direction irrégulière engagent la responsabilité de leur titulaire en tant qu'actes injustifiés, donc abusifs.

Dans cet ordre d'idées, nous avons rencontré, chemin faisant, et comme particulièrement caractéristiques, les puis-

(1) *Suprà*, n° 126.
(2) *Suprà*, n°s 177 et s.

sances familiales, — puissance paternelle (1), autorité maritale (avant la loi du 18 février 1938) (2), autorité tutélaire (3) — lesquelles sont des pouvoirs plutôt que des droits proprement dits, ou, si l'on veut, des droits-fonctions dans lesquels le second attribut l'emporte en importance sur le premier. Nous avons vu comment notre jurisprudence, et, après elle, notre législateur, ont causé de tels pouvoirs dont l'exercice devient générateur de responsabilité du moment qu'il intervient dans l'intérêt égoïste du père, du mari ou du tuteur. Et il y a lieu de rapprocher de ces puissances privées les pouvoirs d'ordre public dont sont investis les administrateurs tels que les maires et les préfets et qui ne sauraient être, à peine de sanction, détournés du but que leur a assigné, expressément ou tacitement, notre législateur ou notre jurisprudence (4) ; nous avons vu que le droit international public lui-même nous donne l'exemple de semblables limitations, puisque le droit d'expulsion, par exemple, ne doit être exercé par l'Etat qu'à bon escient et pour de justes motifs (5). Dans l'exercice de telles prérogatives, l'égoïsme ne sauve pas, mais il tue.

311. — L'opposition n'est pas toujours aussi tranchée entre les droits égoïstes et les droits altruistes ; certaines facultés sont concédées par la loi dans l'intérêt commun du titulaire et d'autres personnes, soit ressortissant à un même groupement, soit ayant la qualité de tiers : dans le premier ordre d'idées, il faut citer la propriété collective — copropriété avec ou sans indivision (6) — ; dans le deuxième, on peut se référer à la propriété des lettres missives que le destinataire ne saurait utiliser qu'à la condition de respecter les

(1) *Suprà*, nos 65 et s.
(2) *Suprà*, nos 78 et s.
(3) *Suprà*, no 82.
(4) *Suprà*, nos 192 et s.
(5) *Suprà*, no 205.
(6) *Suprà*, no 31.

intérêts de l'expéditeur ainsi que ceux des tiers (1), et aussi au droit d'extérioriser sa pensée, spécialement au droit de critique qui doit être exercé dans l'intérêt du public tout en profitant légitimement au titulaire (2). Il y a là toute une catégorie intermédiaire de droits à psychologie et à finalité complexes dont la déviation ne revêt pas toujours un caractère aussi net, aussi tranché, que celle des prérogatives à fondement purement égoïste ou à caractère exclusivement altruiste : l'esprit de l'institution est composite, mais il existe incontestablement et c'est au juge qu'il appartient de le dégager et de rechercher si, dans l'espèce, il a été respecté ou bien transgressé par l'agent.

312. — La tâche sera délicate assurément, mais, et c'est un point sur lequel nous avons insisté, elle ne le sera pas davantage que celle qui incombe au tribunal en matière de bonne ou de mauvaise foi (3) ; quoi qu'on fasse, le juge doit pénétrer les intentions et sonder les consciences, et sa justice demeurera toujours subjective, dans le domaine du droit privé comme dans celui du droit pénal.

313. — Non seulement sa tâche sera, dans une certaine mesure, d'ordre psychologique, mais encore elle ne sera jamais définitivement accomplie ; car il est de toute impossibilité de dresser un catalogue *ne varietur* des différents droits et de leurs esprits respectifs : prérogatives sociales, les droits sont mouvants comme le sont toutes institutions, comme l'est la société même dont ils sortent et pour laquelle ils se réalisent ; ce sont des organismes vivants qui naissent, se développent, se transforment, dépérissent et disparaissent. Leur structure intime n'est pas fixée une fois pour toutes ; elle se modifie au cours des âges, sous la seule pression des nécessités et des

(1) *Suprà*, nº 30.
(2) *Suprà*, nºs 161 et s.
(3) *Suprà*, nº 256.

mœurs, abstraction faite de l'intervention législative. On a remarqué que notre régime dotal actuel, tel qu'il est pratiqué, est bien loin du régime dotal tel qu'il avait été consacré et aménagé par le code civil ; la propriété foncière n'a pas moins évolué : la prérogative souveraine du code civil, le « droit de l'homme » de la Révolution tend à devenir et devient de plus en plus un droit-fonction ; le droit de contracter ou de ne pas contracter, comme aussi le droit de résilier unilatéralement certaines conventions ont perdu quelque chose de leur absolutisme traditionnel, et nous savons que la puissance paternelle a fini de dépouiller la vieille enveloppe égoïste pour devenir un pouvoir altruiste dont la finalité est extérieure à la personne du titulaire.

C'est ainsi que nos droits changent de finalité et d'esprit et que leur point d'équilibre se déplace au cours des siècles, parfois même dans un assez court espace de temps. En même temps, le motif légitime auquel le titulaire est tenu de se conformer se modifie lui-même ; l'acte autrefois correct devient abusif et c'est toute l'économie du système qui s'en trouve altérée : ainsi s'affirme une fois de plus la loi suprême de l'évolution qui domine le monde social au même titre et dans la même mesure que le monde physique lui-même ; ainsi se vérifie cette vérité première, si simple et si volontiers méconnue, que le droit est fait pour et par la société, non la société pour le droit.

CHAPITRE III

LA RÉALISATION JUDICIAIRE DE L'ABUS

314. — Jusqu'à présent, nous avons envisagé l'abus sous son aspect dogmatique ; nous allons désormais le montrer en action, tel qu'il se comporte et qu'il se réalise dans le prétoire : après le droit théorique, nous devons étudier le droit sanctionnateur.

La réalisation du concept de l'abus soulève des difficultés ressortissant à l'administration de la *preuve* et à l'établissement d'une *sanction*.

SECTION I.

Administration de la preuve.

315. — Nous avons constaté, au cours de l'étude de jurisprudence à laquelle nous avons procédé, comme dans l'exposé de doctrine qui a suivi, que l'acte abusif n'engage la responsabilité de son auteur qu'à la double condition de constituer un détournement par rapport à la fonction, à la finalité de la prérogative en cause, puis d'avoir causé un dommage à autrui ; la nécessité de ce deuxième élément distingue l'acte simplement injustifié, simplement abusif, de l'acte illégal, lequel appelle une sanction par son illégalité même et en dehors de la preuve d'un préjudice déterminé (1).

(1) *Suprà*, nos 260 et s.

Une double preuve doit donc intervenir au cours de l'instance qui a été engagée pour cause d'abus : à qui le fardeau en incombe-t-il ? Et comment cette double démonstration est-elle effectuée ?

316. — I. — *A qui incombe le fardeau de la double preuve.* — Aucun doute ne plane sur le principe : conformément au droit commun, le demandeur doit établir que les éléments nécessaires au succès de ses prétentions se trouvent bien réunis dans l'espèce : *actori incumbit probatio* (1). Il appartiendra donc, par exemple, au propriétaire dont la source a été prétendûment tarie par des travaux exécutés sur le fonds voisin, de prouver et l'abus et les conséquences dommageables qui en sont résultées pour lui, de même que le mandataire devra établir le double caractère, malveillant ou intempestif, et dommageable de la révocation dont il a été la victime et qui motive sa plainte. Décider autrement, mettre la preuve du motif légitime à la charge du titulaire du droit, reviendrait à ériger l'abus à l'état de présomption alors que, comme la bonne foi — et d'ailleurs, dans bien des cas, ne s'agira-t-il pas ici de bonne foi ? — l'exercice normal des droits doit se présumer, puisqu'il constitue la vérité pratique, le « *plerumque fit* ». Notre jurisprudence est bien fixée en ce sens et nous pouvons nous borner à renvoyer aux décisions précédemment relevées au cours de la première partie de ce travail.

317. — *Exceptions.* — La règle comporte cependant quelques exceptions :

1° La cession de droits litigieux implique par elle-même et comme nous l'avons signalé (2), l'abus contractuel : c'est au cessionnaire, donc au défendeur, qu'il appartient, si possible,

(1) V. DEMOGUE, *Obligations*, t. IV, n° 689.
(2) *Suprà*, n° 112.

de faire la preuve du motif légitime en établissant que la cession a eu lieu dans un des cas exceptionnels prévus par l'article 1701 du code civil.

2° En matière de puissance paternelle, et lorsqu'un ascendant qui avait d'abord promis de donner son consentement au mariage le retire ensuite, ce changement d'attitude crée à son encontre une présomption défavorable qu'il doit renverser en faisant la preuve des justes motifs de son repentir (1).

3° Lorsque c'est le droit de ne pas contracter qui se trouve en jeu, le fardeau de la preuve incombe parfois au défendeur, soit que celui-ci, rentrant dans le cercle des personnes ou des entreprises pourvues d'un monopole de droit ou de fait, ait le devoir de traiter avec quiconque, sauf excuse légitime (2), soit qu'il tombe sous l'application de la loi du 30 juin 1926, dite « loi sur la propriété commerciale », laquelle interdit au propriétaire de locaux à usage commercial ou industriel de s'opposer au renouvellement du bail à moins de faire valoir des « motifs jugés graves et légitimes (3) ».

4° Il semble bien qu'une autre dérogation doive être admise en matière de mandat et pour ce qui est de la faculté de renonciation reconnue au mandataire par l'article 2007 du code civil. En pareille occurrence, le mandant, s'il veut obtenir des dommages-intérêts, doit bien, suivant le droit commun, faire la preuve du dommage subi, et le texte le laisse entendre assez clairement dans son deuxième alinéa ; mais il résulte de la même formule que cette preuve d'ordre matériel suffira à engager, en principe, la responsabilité du mandataire (4),

(1) *Suprà*, n° 75.

(2) Tel est le cas des administrations de chemins de fer. *Suprà*, n° 89.

(3) L. 30 juin 1926, art. 4, § 1. Comp. les art. 5, § 4 et 9 de la même loi. V. *suprà*, n° 153.

(4) *Traité pratique de droit civil français*, de PLANIOL et RIPERT, t. XI, *Le mandat*, par SAVATIER, n° 1493.

lequel pourra seulement s'exonérer en établissant qu'il se trouvait « dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable (1) ». C'est donc au défendeur qu'il appartient ici de faire la preuve du motif légitime et d'établir par ce moyen qu'il n'a pas abusé de son droit. Au contraire, si c'est le mandant qui s'est désisté de l'opération en révoquant son mandataire, le fardeau de la double preuve, dommage et abus, incombe selon le droit commun, au demandeur en indemnité qui doit établir que la procuration lui a été retirée de façon malveillante, vexatoire ou intempestive ; aucun texte n'existe, en effet, qui consacre pour ce cas le renversement des règles ordinaires de la preuve, ni même d'ailleurs qui formule cette application de la théorie de l'abus, laquelle est de création jurisprudentielle, ainsi que nous l'avons précédemment observé (2).

318. — En réalité, la seule difficulté sérieuse qui se soit élevée sur le rôle des parties en matière de preuve de l'abus concernait la résiliation unilatérale du louage de services à durée indéterminée et on peut considérer qu'elle est définitivement résolue dans le sens de l'application du droit commun. Vainement a-t-on voulu mettre le fardeau de la preuve à la charge du patron qui devrait, lorsqu'il est actionné en responsabilité par l'ouvrier congédié, établir l'existence d'un motif légitime de renvoi, d'un fait justificatif : cette opinion, qui était basée, pour une bonne part, sur les travaux préparatoires de la loi du 27 décembre 1890, lesquels sont assez confus et fournissent des arguments à tous les systèmes, a été condamnée par la Cour de cassation qui, rétablissant la situation dont l'équilibre se trouvait menacé, a proclamé, après comme avant la loi du 19 juillet 1928, modificative de l'article 23 du livre Ier du code du travail, que, dans tous les cas, la preuve de l'abus incombe au deman-

(1) V. *suprà*, nº 138.
(2) *Suprà*, nº 139, SAVATIER, *op. cit.*, nº 1491.

deur, que celui-ci soit l'employeur ou l'employé (1). Et, si l'on met de côté tout esprit de parti et de classe, on ne distingue, en effet, aucune bonne raison pour traiter, quant à la preuve, l'abus du droit de résiliation du contrat de travail autrement que l'abus de toute autre prérogative.

319. — Il faut d'ailleurs se garder de croire que, dans la lutte judiciaire, les rôles des deux plaideurs soient, en ce qui concerne le fardeau de la preuve, dans une opposition tranchée et irréductible, que le demandeur doive tout prouver tandis que le défendeur pourra se recueillir dans une attitude purement passive : la règle *actori incumbit probatio* ne saurait avoir une telle portée, ni pratiquement, ni même en théorie. Dans la réalité, il y a, entre les adversaires, des échanges d'arguments, de ripostes, de répliques ; les débats n'affectent pas la forme d'un monologue récité par le demandeur, mais bien d'un dialogue entre les deux intéressés, l'un prétendant par exemple que son contradicteur a agi avec malveillance, qu'il a obéi à un sentiment de rancune, tandis que l'autre allègue, pour justifier sa décision, telle circonstance dans laquelle il voit un mobile légitime : en fait, les deux plaideurs prendront part à la conversation ; ils « causeront », et le contraste s'atténuera entre les rôles qui leur sont traditionnellement dévolus.

320. — II. — *Comment la preuve s'administre et sur quoi elle porte.* — On a beaucoup insisté sur la difficulté de la preuve mise à la charge du demandeur qui devra procéder à des re-

(1) V. *suprà*, nº 141. — Civ. 20 mars 1895 (D. P. 1895.1.249) ; 18 mars 1903 (S. 1903.1.407) ; 28 janv. 1908 (D. P. 1908.1.195) : « ... si la résiliation par la volonté d'un seul des contractants d'un contrat de louage de services fait sans détermination de durée peut, nonobstant l'observation des délais d'usage de congédiement, donner lieu à des dommages-intérêts au profit de celui qui la subit, ce n'est qu'autant qu'elle constitue, de la part de celui qui l'impose, un abus du droit, abus dont la preuve incombe au demandeur » ; 6 avr. 1936 (D. H. 1936.265). Pour la doctrine, V. Pic, *Traité de législation industrielle*, 6e éd., nº 1198.

cherches d'ordre psychologique infiniment délicates et le plus souvent vaines : car, comment pénétrer jusque dans le for intérieur de l'auteur de l'acte ? Comment le convaincre notamment de malveillance, de dol, de malice ? Comme l'a écrit M. Saleilles, il n'est personne qui ait l'ingénuité d'avouer qu'il n'avait pas d'autre but que de nuire à autrui, et « il sera toujours facile d'alléguer un intérêt individuel (1) ». Ces critiques ont paru tellement sérieuses qu'elles ont conduit certains auteurs à rejeter l'idée même d'abus dont la réalisation judiciaire présenterait un caractère incertain, fuyant, arbitraire excessivement dangereux (2).

321. — Nous répondrons d'abord que l'objection ne porte vraiment qu'à l'encontre d'une conception de l'abus purement subjective : alors, le demandeur devrait pénétrer jusqu'aux plus secrètes pensées de l'agent et démonter pour ainsi dire, les ressorts de sa volonté. Mais il n'en est plus tout à fait de même et la situation est bien modifiée si l'on se fait de l'abus l'idée sociale que nous avons tenté de dégager, si l'on voit dans l'acte abusif l'acte antifonctionnel, contraire à la finalité du droit auquel il correspond. La preuve à administrer s'en trouve concrétisée, objectivée ; le demandeur doit prouver, non pas précisément que son adversaire a obéi à un mobile déterminé, mais qu'en fait et dans l'espèce, le droit dont il s'est servi a été détourné de sa fonction sociale ; par exemple, si c'est le droit de grève qui est en cause, que les intérêts professionnels des coalisés n'étaient pas l'enjeu du mouvement ouvrier ; preuve négative, sans doute, mais preuve relativement facile et qui, en fait, a été fréquemment administrée (3) ; ou bien, si c'est le droit des sociétés qui joue dans l'espèce, que l'acte accompli par les administrateurs ou la délibération prise par l'assemblée générale sont restés

(1) SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, 2e éd., p. 371.
(2) *Suprà*, nos 255 et s.
(3) *Suprà*, no 183.

en dehors du plan social, en marge des affaires de la société (1); on enfin, si l'abus reproché a été commis dans l'utilisation des voies légales, que le plaideur n'avait aucun intérêt avouable à engager le procès ou qu'il ne pouvait se faire aucune illusion sur son issue et sur l'accueil qui serait réservé à ces prétentions (2). Dans tous ces cas, la preuve porte sur une déformation, une malfaçon dont la mise en lumière n'implique pas des recherches subjectives épineuses ; et nous avons pu constater, en étudiant le droit de propriété et à propos de travaux exercés par un propriétaire foncier, que la preuve de l'abus pouvait ressortir, indirectement mais sûrement, par voie d'élimination, des conditions dans lesquelles l'acte dommageable a été accompli et qui excluent la possibilité d'un intérêt sérieux et légitime chez l'agent (3).

Nous ajouterons, en nous répétant (4), que même si la preuve de l'abus nécessitait des recherches d'ordre subjectif et purement psychologique, une telle perspective ne serait point pour nous rebuter : c'est constamment que nos tribunaux accomplissent une tâche de ce genre, lorsqu'ils ont à distinguer entre la bonne et la mauvaise foi ou à rechercher si les éléments du dol, de la fraude sont bien réunis dans l'espèce. On se révolte et on s'épouvante à l'idée que le juge pourrait devenir un censeur (5) ; mais c'est chose faite depuis longtemps, et on ne conçoit pas qu'il en puisse être différemment à moins d'imaginer une justice rendue automatiquement et comme par un distributeur automatique dont le rendement ne serait que quantitativement satisfaisant.

322. — *Cas dans lesquels le fardeau de la preuve est allégé ou aggravé.* — Il existe des cas dans lesquels le fardeau de la

(1) *Suprà*, nos 132, 132 *bis*, 134.
(2) *Suprà*, nos 45 et s.
(3) *Suprà*, nos 22 et s.
(4) *Suprà*, nos 255 et s.
(5) A. ESMEIN, note S. 1898.1.17 ; Comp. BARDE, *Traité des obligations*, 2e éd., t. III, no 2855.

preuve, bien qu'incombant au demandeur suivant le droit commun, est du moins sensiblement allégé : devant la difficulté d'établir directement le mobile illégitime, lequel s'identifie dans l'espèce avec l'intention de nuire, le législateur ou la jurisprudence viennent au secours de la victime de l'abus en lui conférant le bénéfice d'une présomption basée sur la conscience du préjudice causé : de ce fait connu et facile à établir, la connaissance du dommage occasionné à autrui, la jurisprudence conclut à l'existence de l'intention de nuire chez l'agent. Nous avons rencontré, chemin faisant, plusieurs applications de ce procédé technique, en matière d'action paulienne (1) et en ce qui concerne la diffamation (2) ; comme nous l'avons montré, il ne s'agit d'ailleurs là que de simples présomptions de l'homme dont l'autorité, quelque traditionnelle qu'elle soit, pourrait être écartée par un tribunal (3) : en fait, elles fonctionnent constamment, facilitant dans une large mesure la tâche du demandeur au cours du procès fondé sur un abus de droit.

323. — Ce même délit de diffamation nous offre également et à l'inverse un exemple d'aggravation de la situation de la victime de l'abus au point de vue de la preuve : lorsque la diffamation ou l'injure ont été dirigées contre la mémoire des morts, les sanctions pénales ne jouent qu'autant que l'agent se serait proposé de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers vivants (4), en sorte qu'on ne se contente plus alors d'une intention nocive quelconque, mais qu'on exige une intention spécialisée dans son objectif et qui, d'ailleurs, ne saurait être présumée (5).

(1) *Suprà*, nº 106.
(2) *Suprà*, nº 159.
(3) *Suprà*, nº 106.
(4) Loi du 29 juill. 1889, art. 34.
(5) *Suprà*, nºs 160 et 270.

SECTION II.

La sanction de l'abus.

324. — La sanction, présente à tous les esprits, est d'ordre pécuniaire : une condamnation à des dommages-intérêts sera prononcée contre l'auteur de l'acte abusif et au profit de sa victime ; sanction adéquate à la faute commise ainsi qu'à ses conséquences : n'est-ce point, en effet, par application de l'article 1382 du code civil qu'elle interviendra et en réparation du dommage qui est la condition *sine qua non* de la responsabilité de l'agent ? Cette satisfaction pécuniaire rétablira l'équilibre des droits qui avait été rompu par l'acte abusif : nécessaire, elle sera en même temps suffisante.

325. — Il arrive cependant que la victime ne se considère pas comme satisfaite à si bon compte et qu'elle poursuive l'obtention d'une satisfaction plus substantielle, d'une sanction en nature : cette prétention est-elle recevable, en principe du moins ? Ou convient-il de la condamner en thèse générale en lui opposant une fin de non recevoir absolue ?

326. — *Le principe.* — C'est dans ce dernier sens que Saleilles s'était prononcé tout d'abord ; pour lui, l'abus ne comporterait jamais que la sanction par équivalent et sous forme de dommages-intérêts. Et là résiderait le principal intérêt de la distinction sur laquelle nous avons insisté de l'acte accompli sans droit et de l'acte simplement abusif : alors que l'un entraîne comme sanction normale la sanction en nature, l'autre y répugnerait toujours. Concevrait-on, par exemple, que les riverains d'une voie ferrée vinssent émettre la prétention de faire cesser la circulation des locomotives sous le prétexte que les fumées qu'elles dégagent leur causent un préjudice intolérable ? Force leur est bien de se contenter,

dans ce cas et dans toutes éventualités analogues, d'une allocation de dommages-intérêts (1).

Cette opinion n'est pas demeurée purement doctrinale : la cour de Lyon l'a fait pénétrer dans le domaine des réalités par une décision que nous avons signalée précédemment (2). Cette juridiction, tout en reconnaissant qu'un propriétaire foncier avait, par des fouilles méchamment pratiquées dans son terrain, commis un abus de son droit, ne s'était pas reconnu le pouvoir d'ordonner que des mesures fussent prises pour conjurer le retour de pareils errements ; elle avait même infirmé la décision du tribunal de Montbrison qui, appliquant une conception toute différente, avait fixé à un chiffre maximum le nombre des robinets que le propriétaire malicieux serait autorisé à fixer désormais à sa pompe ; réformant sur ce point le jugement qui lui était déféré, elle se contentait de prononcer une condamnation à des dommages-intérêts tout en réservant l'avenir, c'est-à-dire tout en admettant la possibilité d'allouer à la victime une indemnité nouvelle si le dommage venait à se renouveler.

327. — Mais cette opinion étroite est demeurée isolée ; l'insuffisance et l'inexactitude en ont été dénoncées par de nombreux auteurs : l'exemple même qui avait été choisi par Saleilles en fournit la réfutation. Certes, la solution par lui préconisée était exacte dans l'espèce, mais cette espèce, comme nous en avons déjà fait la remarque, est étrangère au domaine de l'abus des droits (3). L'administration qui fait circuler des locomotives sur la voie ferrée concédée n'abuse nullement de son droit, quand bien même les fumées dégagées par ses locomotives seraient d'une grande intensité : elle ne détourne pas ses prérogatives de la destination en vue de laquelle elle en

(1) SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, p. 370, note 1 (à la page 373).
(2) Lyon, 18 avr. 1856 (D. P. 1856.2.199) ; *suprà*, nº 24.
(3) *Suprà*, nºs 16 et 26.

avait été investie par l'acte de concession ; elle ne commet pas un acte illicite, un acte injustifié ; et c'est bien pourquoi une satisfaction en nature ne se concevrait pas au profit des riverains lésés qui ne sauraient émettre la prétention de s'opposer à ce que la compagnie assure le service qui est sa raison d'être.

Bien différente serait la situation si un acte véritablement abusif avait été commis, comme si un propriétaire foncier, dans le procès soumis au tribunal de Montbrison, puis à la cour de Lyon, épuise systématiquement les eaux de son fonds afin de tarir ou de restreindre la source du voisin ; alors, il y a déformation, déviation du droit malicieusement exercé ; il est donc naturel que toute personne lésée par ce détournement puisse exiger que le droit soit redressé, remis dans la bonne voie, et qu'elle puisse, dans ce but, demander au tribunal de prescrire des mesures destinées à conjurer le retour de pareils errements. Nul ne saurait émettre la prétention de commettre des délits, à titre permanent, à jet continu, sauf à réparer ensuite le dommage causé ; en pareille matière, la prophylaxie est supérieure à la thérapeutique : mieux vaut prévenir que guérir ; nous n'en sommes plus à ce stade du droit où un riche romain pouvait, pour vingt-cinq as par tête, souffleter les passants en se faisant suivre d'un esclave qui comptait aussitôt aux victimes le prix légitime de l'affront : le juge français a le pouvoir et le devoir de prendre toutes mesures de nature à prévenir le retour de « l'injustice » ; l'article 1382 du code civil impose à l'auteur du dommage l'obligation de réparer, il ne précise pas davantage et ne spécifie nullement que la réparation doive affecter la forme d'une indemnité pécuniaire (1). Le principe de la condamnation en

(1) Comme nous l'avons relevé précédemment (*suprà*, nº 215), le code civil fédéral suisse prévoit expressément, dans son art. 28, que la sanction de l'abus, et d'une façon plus générale, du délit, soit accordée en nature.

nature présente, dans notre droit positif français, une valeur très générale (1).

Aussi les auteurs sont-ils aujourd'hui presque unanimes à admettre le principe d'une sanction en nature dont notre jurisprudence reconnaît la légitimité et l'opportunité (2). — Déjà, en 1855, la cour de Colmar avait ordonné la suppression d'une fausse cheminée malicieusement construite par un propriétaire qui se proposait d'assombrir par ce moyen la demeure voisine (3) ; vers la même époque, le tribunal civil de Montbrison ne décidait pas autrement à propos de l'affaire des sources de Saint-Galmier lorsqu'il réglementait le jeu de la pompe, instrument du dommage (4) ; c'est bien à tort que son jugement fut infirmé, sur ce point, par la cour de Lyon (5) et, depuis un demi-siècle, c'est fréquemment que nos diverses juridictions ont prescrit des mesures de ce genre. C'est, pour le droit de propriété, la série des décisions intervenues à propos de l'affaire des dirigeables de Clément-Bayard et enjoignant au propriétaire belliqueux de supprimer les tiges de fer pointues grâce auxquelles il comptait déchirer les enveloppes des aéronefs voisins (6) ; en matière de libre concurrence, c'est la jurisprudence constante et touffue qui estime que, si un commerçant use de son nom patronymique, sur ses enseignes ou sur ses factures, dans un but répréhensible, et s'il se rend ainsi coupable de concurrence déloyale, le tribunal peut prescrire telles modifications nécessaires pour éviter la confusion (7) ; dans le droit des

(1) H. et L. MAZEAUD, t. III, nº 2303 ; *contrà*, Mlle LUCIENNE RIPERT, thèse, Paris, 1933.

(2) V. CHARMONT, *Rev. trim. de droit civil*, 1902, p. 117 ; PORCHEROT, thèse, p. 156 ; CAMPION, *op. cit.*, nos 435 et s. ; DEMOGUE, *Obligations*, t. IV, nº 690 « Du point de vue pratique, il nous semble naturel de dire que l'abus, acte socialement dangereux, comporte les mêmes sanctions que tout acte illicite ». — V. cependant *contrà*, M. HAURIOU, *Sirey*, 1905.3.17.

(3) *Suprà*, nº 22.

(4) *Suprà*, nº 24.

(5) *Ibid.*

(6) *Suprà*, nos 22 et 23.

(7) *Suprà*, nos 169 et s. ; G. BRY, *op. cit.*, nos 624 et s.

sociétés, c'est l'annulation des délibérations prises abusivement par une assemblée d'actionnaires (1) c'est, pour le droit qui appartient au mari de poursuivre l'annulation des actes passés par sa femme non autorisée, le refus, pour cause d'abus, de la nullité demandée (2) ; pour la publication des lettres missives, l'interdiction d'y procéder abusivement et le refus de faire état d'une correspondance indûment divulguée (3) ; pour le droit de garde qui appartient au père sur la personne de ses enfants mineurs, la privation de ce droit, pour cause d'abus également (4) ; pour le droit d'émancipation, la nullité de l'acte abusif lui-même (5) ; ou encore, pour le droit de reproduire des édifices, des vues quelconques, c'est l'interdiction de distribuer au public ou de mettre en vente des images ou des photographies ou des dessins, lorsqu'une telle publication emprunterait aux circonstances de la cause un caractère abusif (6). Et d'ailleurs, n'est-ce point le code civil lui-même qui fait jouer la sanction en nature lorsque, dans l'article 1699, il accorde au débiteur cédé d'une créance litigieuse la faculté d'expulser le cessionnaire du rapport obligatoire en exerçant le retrait litigieux (7), ou lorsque, dans l'article 1869, il tient pour inopérante la démission donnée par un associé de mauvaise foi ou à contre-temps (8) ou même lorsque, dans l'article 1167, il donne aux créanciers l'action paulienne qui leur permettra d'obtenir la révocation de l'acte accompli en fraude de leurs droits, c'est-à-dire, en somme, le rétablissement autant que possible, du *statu quo ante* ? (9) Il n'est pas jusqu'aux abus commis dans l'utilisation des voies de droit qui ne soient susceptibles de comporter une sanction

(1) *Suprà*, nº 132.
(2) *Suprà*, nº 79.
(3) V. GÉNY, *Les droits sur les lettres missives*, t. I, nº 78.
(4) *Suprà*, nº 71.
(5) *Suprà*, nº 72.
(6) *Suprà*, nº 164.
(7) *Suprà*, nº 112.
(8) *Suprà*, nº 140.
(9) *Suprà*, nºs 105 et 106.

parfaite comme l'a jugé la Cour de cassation à l'occasion d'une curieuse affaire de divorce (1).

328. — *Les exceptions*. — Le principe de la sanction en nature peut donc être considéré comme désormais acquis, et définitivement. Mais ce n'est pas à dire qu'une telle satisfaction puisse être assurée à la victime de l'abus dans tous les cas et sans aucune distinction : des dérogations doivent être reconnues qui tiennent à des causes diverses : les unes s'expliquent par le caractère péremptoire du droit en cause, les autres par la préoccupation de ménager les intérêts des tiers.

329. — 1° Dans le premier compartiment, on rangera notamment le droit, pour les parents, de consentir au mariage de l'enfant, ou, plus exactement, le droit qui leur appartient de reprendre, jusqu'au moment de la célébration du mariage, le consentement qu'ils avaient promis de donner à cette occasion : notre législation n'admet point, en pareille matière, que l'autorisation du juge puisse suppléer celle de la famille et les fiancés lésés par le repentir de leurs auteurs devront donc se contenter d'une réparation pécuniaire (2). Le droit de recourir aux voies légales appelle des observations du même genre : à moins de frapper d'une incapacité spéciale le plaideur endurci, ainsi que le fait la législation anglaise (3), on ne saurait empêcher un individu de multiplier les procès et ses victimes ne pourront prétendre qu'à une réparation pécuniaire. Même remarque pour le droit qui est reconnu au propriétaire d'un local à usage commercial ou industriel de ne pas consentir au renouvellement du bail (4), ainsi que pour le droit de résiliation unilatérale dans le mandat (5) et dans le louage de services à durée indéterminée (6) : la partie, victime d'un

(1) Req. 2 juin 1923 (S. 1923.1.375) ; *suprà*, n° 54.
(2) *Suprà*, n° 73.
(3) *Suprà*, n° 226.
(4) *Suprà*, n° 153.
(5) *Suprà*, n°s 137 à 139.
(6) *Suprà*, n° 141.

désistement abusif, ne peut prétendre qu'à des dommages-intérêts, à l'exclusion de toute réparation en nature, laquelle se présenterait sous l'aspect peu favorable d'un contrat forcé. Enfin, le droit de réponse, si on le considérait comme relatif ainsi que nous l'avons envisagé et contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation (1), comporterait bien des abus possibles mais dont la sanction consisterait uniquement dans une réparation pécuniaire consécutive à l'insertion de la réponse injustifiée, insertion qui conserverait un caractère obligatoire en dehors duquel le droit de réponse deviendrait lettre morte (2). Ce sont là autant de droits qui ne sont pas souverains, qui sont *relatifs*, mais qui présentent un caractère *péremptoire* en ce sens que l'exécution ne saurait en être entravée par l'autorité judiciaire, alors même qu'il en serait fait abus par le titulaire, cet abus n'entraînant qu'une sanction d'ordre pécuniaire et sous la forme d'une condamnation à des dommages-intérêts.

330. — 2° Il arrive parfois que la satisfaction en nature soit écartée afin de ménager les intérêts des tiers, et d'éviter que la faute commise par le titulaire n'exerce un retentissement lointain, prolongé, sur une série d'actes ou sur toute une institution. C'est par cette préoccupation que s'explique la rareté des nullités se rattachant à un abus de droit (3) : la répercussion qu'elles exercent dans les patrimoines des tiers les rend éminemment dangereuses et l'on comprend que le législateur et la jurisprudence même fassent autant que possible l'économie de ce remède héroïque dont les ravages peuvent parfois dépasser les mérites. Cette discrétion est de rigueur surtout dans les cas, de beaucoup les plus nombreux,

(1) *Suprà*, nos 166 et s.
(2) *Ibid.*
(3) Toutefois, nous avons rencontré, chemin faisant, des décisions prononçant la nullité d'un acte simplement abusif. V. pour l'acte d'émancipation, *suprà*, n° 72 ; et pour l'autorisation donnée à un mineur de faire le commerce, *suprà*, n° 76 ; pour les délibérations d'une assemblée d'actionnaires, *suprà*, n° 132.

où l'acte abusif se présente sous l'aspect d'un acte absolument correct et régulier ; en l'annulant, on ferait tomber les tiers dans un véritable guet-apens que rien ne justifierait de leur point de vue. C'est ce qu'a bien compris la cour de Lyon lorsqu'elle a eu à fixer le sort d'un acte, accompli par un père administrateur légal dans les limites de ses pouvoirs mais contrairement à leur esprit : au lieu d'annuler la vente des valeurs mobilières intervenue dans de pareilles conditions, cette juridiction a préféré imposer à l'administrateur en faute l'obligation de se procurer des titres similaires à ceux qu'il avait aliénés et de reconstituer ainsi, sur les bases antérieures, le patrimoine du mineur (1). Décider autrement, frapper d'inefficacité la vente apparemment correcte, intervenue sous des dehors irréprochables, aurait été tromper la confiance que l'acquéreur avait placée légitimement dans les pouvoirs du père administrateur tels qu'ils ont été fixés par la loi (2). La situation n'est plus la même lorsque l'abus se concrétise dans un vice du consentement fonctionnant lui-même comme une cause de nullité, dol ou violence, et, d'une façon plus générale, dans une théorie ayant son individualité propre, comme celle de l'action paulienne (3) ; encore faut-il observer que la nullité paulienne, connue sous le nom de révocation, est d'un modèle très réduit ; c'est une nullité minimisée qui est accordée aux créanciers lésés à titre de dommages-intérêts et dans la mesure exacte impliquée par la réparation du préjudice qui leur a été causé (4).

Ce sont des considérations du même genre qui expliquent que la délibération par laquelle un conseil d'administration dissout prématurément la société dans le but d'évincer les porteurs de parts ne puisse pas être annulée sur la demande

(1) Lyon, 5 févr. 1909 (*Gaz. trib.*, 17 avr.) ; *suprà*, nº 77.
(2) E. Lévy, *La confiance*, dans *la Vision socialiste du droit*, p. 43 et s. ; et dans la *Rev. critique de législation et de jurisprudence* de 1899.
(3) *Suprà*, nºs 105 et 106, 329.
(4) L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, 3e éd., t. II, nº 704.

de ceux-ci : la sanction, ici encore, consistera uniquement dans l'allocation d'une indemnité pécuniaire (1).

331. — *Les différentes variétés de sanctions en nature.* — Lorsqu'une satisfaction en nature demeure possible, ce n'est pas sous un aspect constant et uniforme qu'elle est accordée par le tribunal à la victime de l'abus ; suivant les cas, elle est destinée à prévenir le retour de l'acte abusif, et alors elle est à la fois réparatrice et préventive, ou bien elle tend à conjurer la réalisation même du préjudice redouté et elle joue en cette occurrence un rôle purement préventif ; parfois enfin, elle consiste dans le refus de la protection légale à l'auteur de l'acte abusif.

1° La première éventualité est de beaucoup la plus fréquente : on voit alors la satisfaction en nature se conjuguer avec une condamnation à des dommages-intérêts, ceux-ci étant destinés à réparer le préjudice antérieurement causé, celle-là tendant à en éviter le renouvellement : les décisions intervenues au sujet de l'affaire des dirigeables Clément-Bayard fournissent un exemple typique de cette procédure (2) comme aussi l'arrêt de la cour de Colmar relatif à la construction, par un propriétaire malicieux, d'une fausse cheminée (3), comme encore le jugement par lequel le tribunal civil de Montbrison avait prescrit la limitation du nombre des robinets qu'un propriétaire mal intentionné avait adaptés à sa pompe afin de diminuer le rendement d'une source jaillissant sur le fonds voisin, jugement qui fut infirmé, bien à tort sur ce point, par les juges d'appel (4) ; d'une part, une condamnation à des dommages-intérêts rétablit la situation dans le présent, d'autre part l'injonction adressée au propriétaire

(1) Req. 27 janv. 1925 (D. P. 1925.1.193, note HAMEL), et loi du 23 janv. 1929, *suprà*, n° 134.
(2) *Suprà*, n°s 22 et 23.
(3) *Suprà*, n° 22.
(4) *Suprà*, n° 24.

malintentionné de démolir les ouvrages offensifs sauvegarde l'avenir.

2° Il arrive que le tribunal ait à se préoccuper uniquement de ce dernier point de vue et qu'il se borne à prendre des mesures pour conjurer la réalisation d'un dommage injuste qui est imminent ; c'est alors que la sanction en nature joue un rôle préventif exclusif et absolu, les dommages-intérêts étant rendus inutiles et même impossibles pour la non-réalisation du dommage redouté. C'est à ce parti que se range un tribunal lorsque, déclarant abusif le refus opposé par un bailleur d'immeubles à une cession ou à une sous-location, il décide que son jugement tiendra lieu de l'autorisation refusée et que le cessionnaire ou le sous-locataire pourra donc emménager dans les locaux litigieux (1) ; et la cour de Paris n'avait pas pris une mesure moins efficace en refusant à un mari l'annulation d'un acte que sa femme avait passé sans autorisation et qu'il attaquait pour des motifs inconciliables avec l'esprit même de la puissance dont il était investi : ce refus de la nullité conjurait le dommage menaçant et rendait donc superflue et incompréhensible une mesure réparatrice (2). La décision par laquelle un tribunal refuse de faire état d'une correspondance indûment divulguée, suscite une réflexion du même genre (3).

C'est encore dans cette même catégorie qu'il convient de ranger la décision remarquable par laquelle la Cour de cassation a reconnu et sanctionné un abus étrange, commis dans l'engagement d'une procédure par défaut (4) ; et aussi l'institution du retrait litigieux dont l'exercice fait s'évanouir, pour le retrayant, toute menace et tout préjudice, sans d'ailleurs que la cession intervenue soit frappée de nullité (5).

3° Il arrive enfin que la sanction de l'abus consiste dans le

(1) *Suprà*, n° 129.
(2) *Suprà*, n° 79.
(3) Req. 5 févr. 1900 (S. 1901.1.17). — GÉNY, *Les droits sur les lettres missives*, t. I, n° 78.
(4) Req. 2 juin 1923 (S. 1923.1.375) ; *suprà*, n° 54.
(5) *Suprà*, n° 112.

refus de la protection légale au coupable. Si, par exemple, un entrepreneur de spectacles annonce par voie d'affiches la représentation d'une pièce licencieuse et déshonnête, il ne saurait obtenir une condamnation à des dommages-intérêts contre celui qui a lacéré lesdites affiches, car il ne doit pas pouvoir se réclamer de sa propre faute pour se placer sous la protection de la loi dont il a mésusé : il s'est, en quelque sorte, placé hors le droit (1).

332. — On le voit, le système de notre jurisprudence sur la sanction à donner à l'abus est loin de présenter une unité qui n'est d'ailleurs aucunement désirable ; c'est un système extrêmement souple, empiriquement aménagé, nuancé à l'infini et qui tend à donner à la victime de l'abus le maximum de satisfaction tout en causant aux tiers le minimum de dommage et en conjurant, si possible, jusqu'à la réalisation même d'un dommage quelconque ; système prudent et efficace et qui couronne dignement cette vaste construction de l'abus des droits dont nos tribunaux ont amassé les matériaux peu à peu et qui sort maintenant de la pénombre en profilant des lignes de plus en plus harmonieuses et nettes : c'est elle qui moralisera, qui harmonisera le droit, qui lui donnera son véritable sens en assurant son « individualisation judiciaire (2) », en faisant passer jusque dans ses moindres réalisations le grand souffle d'équité qui doit l'animer et sans lequel il ne serait qu'une froide abstraction, sans réalité, sans moralité et sans vie.

(1) Trib. Côte d'Or, 15 déc. 1926 (*Rec. des sommaires*, 1927, n° 1266).
(2) La formule est de M. GÉNY.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Traités, brochures.

Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5e éd. par Bartin, t. VI, § 444, p. 340 et s.

Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité des obligations*, 2e éd., t. III, nº 2855.

Beudant (Ch.), *Cours de droit civil français*, 2e éd. publiée par Robert Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, avec la collaboration, pour *Les contrats et les obligations*, de Gaston Lagarde.

Bonnecase, Supplément au *Traité théorique et pratique* de Baudry-Lacantinerie, t. III, nos 219 et s.

Bufnoir, *Propriété et contrat.*

Campion, *La théorie de l'abus des droits.*

Colin, H. Capitant et J. de la Morandière, *Cours élémentaire de droit civil français*, 8e éd., .t II, nos 195 et s.

Cornil (Georges), *Le droit privé*, p. 90 et s.

Demogue, *Traité des obligations en général*, t. IV, nos 634 et s.

Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive.*

— *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. I, p. 173 et s.

— *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 196 et s.

Durand (Paul), *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, p. 129 et s.

Gardenat et Ricci, *De la responsabilité civile*, p. 624 et s.

Gaudemet (Eugène), *Théorie générale des obligations*, t. I, p. 318 et s.

Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., t. II, nº 173.

— *Des droits sur les lettres missives*, 2 vol.

Hauriou, *Traité de droit administratif*, 10e éd.

— *Précis élémentaire de droit administratif*, p. 197.

Ihering, *Le but dans le droit.*

Josserand, *L'abus des droits.*

— *Les transports*, 2e éd., nos 307 ; 427 ; 506 *bis* ; 546 776 ; 1009 et s.

— *Cours de droit civil positif français*, 3e éd., t. I, nos 161 et 1474, t. II, nos 428 et s.

LALOU, *La responsabilité civile*, nos 406 et s.

LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. VII, p. 544 et s.

LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XX, nos 409 et s.

LÉVY (Emm.), *La vision socialiste du droit*.

MAZEAUD (H.) et MAZEAUD (L.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, 3e éd., t. I, nos 547 et s.

MORAND, *L'abus du droit*, dans les *Etudes* de *Droit musulman algérien*, p. 297.

MORIN, *La révolte des faits contre le Code*.

— *La loi et le contrat*, 1927.

PERROCHET, *Essai sur la théorie de l'abus des droits*.

PIC, *Traité de législation industrielle*.

PICARD (Edmond), *Le droit pur*.

PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 10e éd., par RIPERT, t. II, nos 870 et s.

PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, par P. ESMEIN, nos 573 et s.

POLITIS, *Le problème des limitations de souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*.

POLLOCK, *The law of torts*, 5e éd.

RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, nos 89 et s.

— *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, nos 117 et s.

ROGUIN, *La règle de droit*.

— *La science juridique pure*.

ROPERS, *Traité pratique des baux à loyer et à ferme*, 1934, notamment, nos 221 et s.

SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, 2e éd., p. 370.

— *La déclaration de volonté*, p. 251 et s.

SARDEGNA (G. NOTO), *L'abuso del diritto*, Palerme, 1907.

SOLUS (H.), *Les principes du droit civil*, p. 119.

SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, 6e éd., t. I, nos 438 et s.

TABBAH (Bichara), *Du heurt à l'harmonie des droits*, 1936.

II. — ARTICLES, RAPPORTS, CONFÉRENCES, CONCLUSIONS.

APPLETON (Ch.), *Plan d'un cours sur l'abus des droits*, dans la *Rev. internationale de l'enseignement*, 1924.

CHARMONT, *L'abus du droit*, dans la *Rev. trim. de droit civil*, 1902, p. 113.

— *La socialisation du droit* (*Rev. de métaph. et de morale*, 1902).

CEZAR-BRU et MORIN, *La faute, le risque et l'abus du droit*, *Annales de l'Université d'Aix*, 1906.

DECUGIS, *L'abus du droit dans les sociétés par actions*, dans le *Journal des sociétés*, 1925, p. 487.

DEMOGUE, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale* (*Rev. trim.*, 1907, p. 245).

DESJARDINS, Conclusions D. P. 1896.1.583.

DESSERTEAUX (Marc), *Abus de droit et conflit de droits* (*Rev. trim. de droit civil*, 1906, p. 119).

DUFAU-LAGARROSSE, *Du droit aux dommages-intérêts dans le louage de services à durée indéterminée* (*Rev. crit.*, 1899, p. 479).

GÉNY, *Risques et responsabilité* (*Rev. trim.*, 1902, p. 821).

GUTTERIDGE (H. C.), *Abuse of rights*.

HAURIOU, *Police juridique et fond du droit* (*Rev. trim.*, 1926, p. 265).

JOSSERAND, *Sur la relativité des droits, Rev. intern. de la théorie du droit*, Brno, 1928.

— *A propos de la relativité des droits, Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1929, p. 277 et s.

— *La thèse de l'abus des droits appliquée à l'interprétation des clauses particulières d'un contrat, Rev. gén.* (belge) *assurances et responsabilité*, 1929.

— *L'évolution de la responsabilité*, dans *Evolutions et actualités*, 1936, p. 29.

— *Relativité et abus des droits*, dans *Evolutions et actualités*, p. 71.

— *Le contrat de travail et l'abus des droits*, dans *Evolutions et actualités*, p. 93.

MONGIN, *Le droit de congé dans le louage de services* (*Rev. int.*, 1893).

MOREL (René-Lucien), *Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles* (*Rev. trim.*, 1908, p. 289).

MORIN, *Quelques observations critiques sur le concept d'abus du droit*, dans le *Recueil d'études en l'honneur* d'EDOUARD LAMBERT, t. II, p. 467.

PERREAU (Et.), *Origines et développement de la théorie de l'abus du droit* (*Rev. gén. de droit*, 1913, p. 481).

RIPERT, *Abus ou relativité des droits, Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1929, p. 33 et s.

RONJAT, conclusions D. P. 1892.1.449.

ROTONDI (Mario), « *Æmulatio* », 1934.

SALEILLES, *Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de revision du code civil* (*Bull. de la Soc. d'études législatives*, 1905).

— *De la responsabilité précontractuelle à propos d'une étude nouvelle sur la matière* (*Rev. trim.*, 1907, p. 697).

TODARO (L. Z.), *L'abuso dei diritti*, dans la *Rivista di legislazione comparata*, Palerme, 1906.

TRASBOT, *La propriété commerciale* (*Annales de droit commercial*, 1926, p. 621).

WALTON (F.P.), *La responsabilité délictuelle dans le droit civil moderne*, dans le *Recueil d'études en l'honneur* d'EDOUARD LAMBERT, 1938, t. II, p. 48.

III. — NOTES ET CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE.

APPERT, note S. 1904.2.217.
BRÈTHE, note S. 1925.1.217.
CHARMONT, Chroniques dans *Rev. critique de législation et de jurisprudence*, 1895, 1898, 1900, 1905.
FERRON, note S. 1905.2.17.
HAMEL, note D. P. 1925.1.193.
HAURIOU, notes S. 1901.3.57 ; 1905.3.17 ; 1925.3.33.
HUGUENEY (L.), note S. 1937.1.217.
JOSSERAND, notes D. P. 1906.2.105 ; 1908.2.73 ; 1913.2.177 ; 1923.2.169 ; 1924.1.417 ; 1925.1.14.
NAST (M.), note D. P. 1928.2.68.
PLANIOL, notes D. P. 1893.2.377 ; 1897.1.401 ; 1898.1.329 ; 1904.1.449 ; 1906.1.113.
RIPERT, notes D. P. 1907.1.385 ; 1920.1.35.
ROUAST, note D. P. 1920.2.9.
SAVATIER, D. P. 1928.1.73.
WAHL, notes S. 1901.1.219 ; 1906.1.209.

IV. — THÈSES DE DOCTORAT.

Nous citerons, parmi beaucoup d'autres, les thèses de MM. :

PORCHEROT, *De l'abus du droit*, Dijon, 1901.
BOSC, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, Montpellier, 1901.
RIPERT, Aix, 1902.
GAUTHIER, Paris, 1902.
NOYELLE, Paris, 1902.
SALANSON, Paris, 1903.
LAURENT, Paris, 1903.
REYNAUD, Paris, 1903.
CORBESCO, Paris, 1903.
TIRLEMONT (*pour le droit de grève*), Lille, 1906.
POUGET, *id.* Bordeaux, 1907.
BUTTIN, Grenoble, 1904.
VALLET, Poitiers, 1907.
LEROY, Caen, 1909.
DOBROVICI, Paris, 1910.

ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Lyon, 1911.
MOREL (pour les voies de droit), Paris, 1911.
DE MONTERA, *id.*, Lyon, 1912.
BARDESCO, Paris, 1913.
ROUSSEL, Paris, 1913.
LAPARRE, Paris, 1913.
MAHMOUD FATHY, *La doctrine musulmane de l'abus des droits*, Lyon, 1913.
SULTAN, Alger, 1926.
MILIVOÏÉ MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Lyon, 1936.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT POSITIF FRANÇAIS ACTUEL.

Plan 13

CHAPITRE PREMIER. — *Le droit de propriété* 15
Les cas d'abus du droit de propriété 22
I. — Abus commis par le propriétaire dans l'utilisation de son domaine aérien 25
II. — Abus commis dans l'utilisation du tréfonds 30
III. — Abus commis dans l'utilisation de la surface 32
Récapitulation 34
Critère de l'abus du droit de propriété 35
Les propriétés à intérêt commun 39

CHAPITRE II. — *Les sûretés* 46
I. — L'hypothèque 46
Réduction des inscriptions hypothécaires 51
II. — Le droit de rétention 53

CHAPITRE III. — *Le droit de recourir aux voies légales* 57
I. — La responsabilité objective procédant du risque judiciaire 60
La condamnation aux dépens 60
L'exécution par provision 62
II. — La responsabilité procédant d'un défaut de droit 64
III. — La responsabilité dérivant d'un abus commis dans l'exercice des voies légales 66
Abus commis dans la demande en justice 68
Abus commis dans le dépôt ou dans la menace du dépôt d'une plainte tendant à des poursuites criminelles ou correctionnelles 70
Plainte contre un employé 71

Abus commis dans la défense..... 73
Abus dans les moyens et incidents..... 73
Abus commis à l'occasion des voies de recours..... 75
Abus commis dans les mesures d'exécution..... 78
Des éléments constitutifs de l'abus des voies de droit.. 82
Récapitulation 90

CHAPITRE IV. — *Les puissances familiales*..... 93
§ 1. — *La puissance paternelle*..... 94
I. — Attributs de la puissance paternelle qui intéressent la personne de l'enfant..... 100
Le droit de correction..... 100
Les droits de garde et d'éducation..... 104
Le droit d'émanciper l'enfant..... 106
Le refus de consentir au mariage..... 107
II. — Attributs de la puissance paternelle qui concernent les intérêts patrimoniaux de l'enfant..... 113
Autorisation pour faire le commerce..... 113
Administration légale..... 114
§ 2. — *La puissance maritale*..... 115
Les pouvoirs du tuteur..... 120
Les pouvoirs du mari comme chef..... 122

CHAPITRE V. — *Le droit des contrats*..... 124
Plan 125
§ 1. — Abus commis au cours de la période précontractuelle.. 126
I. — Le refus de contracter, acte intrinséquement illicite. 127
II. — Le refus de contracter, acte abusif..... 132
§ 2. — Abus qui se rattachent à la conclusion du contrat.. 141
I. — Abus commis dans les rapports des contractants entre eux 143
II. — Abus commis par les contractants vis-à-vis de leurs créanciers 147
III. — Abus commis par les contractants au préjudice de tiers déterminés..... 150
IV. — Abus commis à l'encontre de l'ordre public et des bonnes mœurs : la théorie de la cause..... 155
§ 3. — Abus commis dans l'exécution et le fonctionnement des contrats 162
I. — Abus commis par le créancier..... 164
II. — Abus commis par le débiteur..... 167
Cession de créance 168
III. — Modalités du paiement..... 169
Imputation des paiements..... 171

IV. — Interprétation des clauses insérées dans une convention 173
Sous-location et cession de bail..... 176
V. — Le droit des sociétés..... 181
La législation nouvelle..... 183
§ 4. — Abus commis dans la dissolution des contrats 185
I. — La résiliation unilatérale exercée en vertu d'un texte de loi..... 188
Le mandat..... 188
La société civile..... 191
Le louage de services..... 192
II. — La résiliation unilatérale exercée en vertu d'une clause contractuelle..... 200
La promesse de mariage..... 202
§ 5. — Abus commis au cours de la période post-contractuelle 205

CHAPITRE VI. — *Les libertés individuelles et corporatives*..... 214
Section I. — Les libertés individuelles..... 214
§ 1. — La liberté de la pensée..... 215
I. — Paroles ou écrits qui présentent un caractère délictueux 216
II. — Paroles ou écrits qui ne tombent pas sous le coup de la loi répressive..... 219
III. — Le droit de réponse..... 224
Hésitations et flottements dans la jurisprudence..... 230
§ 2. — La liberté du commerce (droit de libre concurrence) 231
Les restrictions conventionnelles à la liberté du commerce 239
Section II. — Les libertés corporatives..... 240
§ 1. — Le droit de coalition..... 241
I. — Responsabilités des ouvriers ou des patrons coalisés 243
Responsabilité des grévistes vis-à-vis du patron lésé par la coalition..... 243
Responsabilité des grévistes vis-à-vis des ouvriers ou des employés visés par la coalition..... 249
II. — Responsabilité des tiers intervenants..... 251
2. — Le droit d'association..... 254

CHAPITRE VII. — *Les pouvoirs administratifs et statutaires*.... 257

CHAPITRE VIII. — *Le droit international privé et public*..... 266
I. — Le droit international privé..... 267
II. — Le droit international public..... 274

DEUXIÈME PARTIE

L'ABUS DES DROITS EN LÉGISLATION ET EN JURISPRUDENCE COMPARÉES

Plan 279

CHAPITRE I. — *Les législations finalistes* 281
Section I. — Législations à critère intentionnel 282
I. — Allemagne 282
II. — Autriche 286
III. — Chine 287
Section II. — Législations à critère fonctionnel 287
I. — Suisse 288
II. — République soviétique 290
III. — Pologne et Liban 293
IV. — Projet franco-italien ; projet de code civil italien .. 294

CHAPITRE II. — *Les systèmes juridiques favorables à la conception de la relativité des droits* 295
Belgique 295
Italie et Espagne 297
Pays scandinaves 298
Droit musulman 298

CHAPITRE III. — *Les législations absolutistes* 301
Le principe 301
Les dérogations 304

TROISIÈME PARTIE

ESSAI D'UNE SYSTÉMATISATION DE L'ABUS DES DROITS EN FONCTION DE LEUR ESPRIT.

Plan 312

CHAPITRE PREMIER. — *Réalité et légitimité du concept de l'abus. — Place occupée par ce concept dans le système général de la responsabilité* 313
Plan 313
Section I. — Les arguments favorables 313
I. — L'histoire 313
II. — Le droit comparé 315
III. — Le droit positif français 316
IV. — L'origine des droits 319
V. — La finalité des droits 321
VI. — Les abus possibles de la liberté 322
VII. — L'article 1382 du C. civ 326

Section II. — Les objections..... 328
I. — Les critiques de forme..... 329
1. — L'acte abusif n'est qu'un acte accompli sans droit.... 330
Intérêts de la distinction entre le défaut de droit et l'abus de droit..... 335
II. — Il n'y a point de responsabilité en dehors de l'exercice d'un droit..... 341
III. — La thèse de l'abus des droits recourt au procédé de la fiction en greffant des solutions nouvelles sur un concept ancien..... 344
II. — Les critiques de fond..... 347
La confusion du droit avec la morale..... 347
L'arbitraire du juge..... 350
La tendance du droit à l'objectivisation..... 356
Section III. — La place du concept de l'abus dans le système général de la responsabilité..... 357
L'abus des droits et les conflits de droits..... 362

CHAPITRE II. — *Le critère de l'abus.* L'esprit des droits et le motif légitime..... 364
Plan 365
Section I. — La gamme des critères jurisprudentiels..... 365
Plan 366
I. — L'intention de nuire et ses dérivés ou ses succédanés (critère intentionnel)..... 366
L'intention de nuire non abusive..... 368
L'abus sans intention de nuire prouvée..... 370
L'abus du droit et la fraude à la loi..... 372
L'intention de nuire mélangée d'autres mobiles..... 374
II. — La faute dans l'exécution (critère technique).... 379
La faute lourde..... 380
La faute simple..... 381
III. — Le défaut d'intérêt légitime (critère économique). 388
IV. — Le détournement du droit de sa fonction sociale.. 394
Section II. — Le motif légitime..... 400
Les motifs illégitimes..... 407
Section III. — Système objectif ou système subjectif..... 411
Section IV. — L'esprit des droits..... 414
I. — Les droits non causés..... 416
II. — Les droits à esprit égoïste 418
III. — Les droits à esprit altruiste..... 420

CHAPITRE III. — *La réalisation judiciaire de l'abus*..... 424
Section I. — Administration de la preuve..... 424
I. — A qui incombe le fardeau de la double preuve 425

II. — Comment la preuve s'administre et sur quoi elle porte 428
Section II. — La sanction de l'abus 432
Le principe 432
Les exceptions 437
Les différentes variétés de sanctions en nature 440

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

2880. — Imprimerie Jouve et Cie, 15, rue Racine, Paris. — 11-38.

Prix : 60 fr.

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7502 01075649 4